

TAINAH PEREIRA RODRIGUES

**A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ (ART. 51, IV DO CDC) E
SUA APLICAÇÃO NO STJ**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Prof. Leonardo Roscoe Bessa.

BRASÍLIA

2009

DEDICATÓRIA

À minha irmã Natuzza, futura profissional do Direito.

À avó Cecília e ao primo Ricardo, cujas saudades são supridas pelas melhores lembranças.

AGRADECIMENTO

A Deus, por mais esta conquista.

Ao professor Leonardo Bessa, pela presteza e compartilhamento dos conhecimentos intelectuais.

Aos meus pais, Oswaldo Rodrigues e Perpétua de Fátima. Ele, meu exemplo de caráter e hombridade. Ela, minha fortaleza, meu porto seguro.

Ao amigo e companheiro Patrick, pela paciência e apoio incondicional.

RESUMO

O presente trabalho enfoca o sentido e alcance do princípio da boa-fé objetiva, positivado no artigo 51, IV da Lei n.º 8.078/90, a partir de uma análise doutrinária, mas especialmente jurisprudencial. Em se tratando de uma das mais importantes inovações anunciadas por esta lei no direito contratual brasileiro, busca-se verificar exatamente como se dá sua aplicação no combate aos abusos contratuais. Diante da amplitude e vagueza da redação deste dispositivo, resta ao Poder Judiciário concretizar seu enunciado, esclarecendo, portanto, o que vem a ser obrigações iníquas, abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada e que contrariam a boa-fé ou a equidade. Por ser a última instância a apreciar causas infraconstitucionais, optou-se por examinar a mais recente orientação do STJ no que tange à nulidade de cláusulas abusivas com base no art. 51, IV e § 1º do CDC. Em que pese a difícil tarefa do julgador, foi possível concluir pela boa aplicação da técnica do aludido artigo em decisões que prestigiam, em última análise, o que a doutrina aduz por cláusula geral da boa-fé.

Palavras-chave: boa-fé objetiva; equidade; cláusula geral da boa-fé; desvantagem exagerada; Superior Tribunal de Justiça; jurisprudência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A NOVA TEORIA CONTRATUAL.....	8
1.1 A boa-fé objetiva.....	12
1.2 Cláusulas abusivas no CDC	17
1.3 Sentido e alcance do art. 51, IV do CDC	21
2 JURISPRUDÊNCIA DO STJ.....	26
2.1 Cláusulas dos contratos de plano de saúde	27
2.1.1 Cláusulas de exclusão de determinados tratamentos e colocação de prótese.....	27
2.1.2 Cláusula de exclusão de transplantes de órgãos	30
2.1.3 Cláusula que limita o tempo de internação.....	31
2.1.4 Cláusula que estabelece carências desproporcionais.....	34
2.1.5 Cláusula de exclusão ao atendimento a determinadas doenças, inclusive doenças ou lesões preexistentes.....	36
2.1.6 Cláusulas de suspensão ou rescisão unilateral do contrato	38
2.2 Cláusulas dos contratos firmados com instituições financeiras	40
2.2.1 Cláusula de fixação da taxa de juros remuneratórios	40
2.2.2 Cláusula de variação unilateral do percentual de juros nos contratos do Sistema Financeiro de Habitação.....	43
2.2.3 Cláusula de cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência.....	44
2.2.4 Cláusula que permite a emissão de nota promissória em branco em favor do banco	45
2.2.5 Cláusula que responsabiliza o consumidor em caso de cartão de crédito furtado ..	46
2.3 Cláusulas dos contratos firmados com instituições de ensino: mensalidade escolar	46
2.4 Cláusulas dos contratos de incorporação imobiliária	49
2.5 Cláusulas de eleição de foro.....	52
2.6 Dos deveres anexos	54
3 ANÁLISE CRÍTICA	57
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

A nova realidade sócio-econômica do século XX trouxe técnicas de contratação em massa que facilitam a prática de abusos contra os consumidores, vez que não possibilitam qualquer tipo de discussão das cláusulas contratuais e visam, tão somente, a satisfação dos interesses do fornecedor.

Como medida de combate à inclusão de cláusulas abusivas nos contratos firmados em uma sociedade massificada e de consumo, o Código de Defesa do Consumidor reacendeu o princípio geral da boa-fé a partir de uma aceção objetiva, constituindo, esta nova interpretação, uma verdadeira norma geral de conduta a ser seguida pelas partes.

Enquanto novo paradigma das relações de consumo, o princípio da boa-fé objetiva implica o compromisso de fidelidade, transparência e cooperação; a adoção de uma postura honesta; o dever de honrar as legítimas expectativas do consumidor afloradas a partir da confiança. Trata-se, portanto, de uma concepção ampla, norteadora dos negócios jurídicos e limitadora do livre exercício da vontade.

Positivada no art. 51, IV da Lei n.º 8.078/90, a cláusula geral da boa-fé dispõe de uma abrangência não suprimida pelo disposto no §1º do mesmo artigo, o que despertou o interesse em examinar a aplicabilidade prática do seu conteúdo aos casos concretos. Nesta busca, o presente trabalho se lançou a uma profunda pesquisa jurisprudencial concentrada nos julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, órgão uniformizador das questões infraconstitucionais.

Considerando esse quadro e os objetivos indicados, a monografia se encontra dividida em três capítulos. No primeiro capítulo analisa-se, sobretudo, o papel que a boa-fé objetiva desempenha na construção de uma relação de consumo ideal e justa. Deste

modo, discorre-se, brevemente, sobre o seu surgimento no modelo de sociedade capitalista contemporânea, bem como a mitigação dos princípios clássicos que validavam as relações jurídicas até então. Ainda nesta oportunidade, examina-se a redação do art. 51, IV do CDC, esclarecendo, a partir de uma óptica doutrinária, o que se aduz por obrigações iníquas, abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam contrárias à boa-fé ou à equidade. Observa-se, nesta etapa, que, não obstante a localização desprestigiada no elenco do art. 51 do CDC, a cláusula geral do inciso IV, além de constituir norma geral proibitória dos outros tipos de abusos contratuais, representa, de fato, um grande avanço para o direito contratual.

Reconhecida a importância do princípio da boa-fé objetiva na interpretação das avenças consumeristas, cumpre verificar se o controle judiciário tem utilizado a *ratio* desse dispositivo. É nessa linha que o segundo capítulo busca identificar qual a orientação do STJ quanto às cláusulas contratuais que, com mais frequência, têm sua validade questionada em face da violação da cláusula geral da boa-fé. Dada a amplitude da letra do artigo, cabe ao operador jurídico a delimitação da concepção de boa-fé e equidade contratual.

Finalmente, no terceiro e último capítulo resta concluir se as decisões do Egrégio Tribunal encontram consonância com o entendimento doutrinário. Cumpre analisar se a orientação jurisprudencial reflete o que a doutrina entende por cláusula geral da boa-fé objetiva. Neste momento, verificar-se-á se o magistrado, em uma análise individual do caso concreto, decide pela subsunção da aludida norma geral almejando a justiça contratual. Revelar a aplicação do art. 51, IV do CDC às questões enfrentadas no STJ sintetiza, portanto, o objetivo deste trabalho monográfico.

1 A NOVA TEORIA CONTRATUAL

As transformações sociais sempre influenciaram sobremaneira o universo jurídico. Assim também se deu com os contratos, instrumentos jurídicos que, desde os romanos, possibilitam e regulamentam o movimento econômico dentro da sociedade. A idéia de relação contratual sofreu, porém, nos últimos tempos, uma evolução sensível em face da criação de uma nova realidade social industrializada, massificada e de consumo.¹

Para melhor compreensão dos novos paradigmas e dos princípios de proteção ao consumidor, faz-se necessário traçar breves comentários sobre a concepção tradicional do contrato e a nova ordem contratual.²

Fruto da Revolução Francesa, a partir de ideais voluntaristas e liberais, a concepção clássica de contrato funda-se, essencialmente, na autonomia da vontade, também chamada de liberdade contratual. A liberdade, pressuposto da vontade, consiste na idéia de contratar se quiser, com quem quiser e da forma que quiser. Cabe ao ordenamento jurídico, tão somente, proteger a vontade criadora de modo a assegurar a finalidade contratual pretendida pelas partes, sem se preocupar com a situação econômica dos contraentes. Desta forma, a lei assume posição supletiva, o que reforça a superioridade da vontade sobre o Direito.³

Como bem nota Clóvis de Couto e Silva, no Estado liberal, com a nítida

¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50-51.

² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, out./dez., 2007, p. 172.

³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 60-61.

separação entre Estado e a sociedade, a autonomia dos particulares assumiu extraordinário relevo, sendo-lhes deferida, quase totalmente, a formação da ordem privada.⁴

Outro princípio da teoria contratual clássica, reflexo da autonomia da vontade, é a força obrigatória dos contratos. Por ele se entende que as partes, ao contratarem, não mais podem se desvincular das obrigações que assumiram. Ressalvados os casos de vício de consentimento, o contrato faz lei entre as partes e se limita àqueles que dele participam (*pacta sunt servanda*). Daí se extrai o terceiro e último princípio que diz respeito à relatividade dos efeitos contratuais. Os efeitos dos contratos não criam direitos ou obrigações para terceiros, mas atingem somente os contratantes.⁵

Ocorreu que, esta concepção, constante do século XIX, passou a ser questionada em face da evolução da sociedade moderna e da massificação do consumo. Com a Segunda Grande Guerra,⁶ o Estado assume novas posturas, sempre a caminho do Estado social, onde a preocupação, no âmbito do direito dos contratos, passa a ser com a coletividade, com o interesse da sociedade, deixando de lado a noção de contrato como mero instrumento de realização individual.⁷

Todavia, não obstante a nova postura estatal, o processo de standardização das relações contratuais só teve início com a Revolução Industrial, a partir da produção em

⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 25.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62-63.

⁶ Sobre este momento histórico, Rogério Zuel Gomes observa que: “[...] no período posterior à Segunda Guerra Mundial, verificou-se uma sensação generalizada de que o Estado do Bem-Estar era imprescindível ao crescimento econômico - dentro das regras do capitalismo - e à realização pública do bem-estar, com a dupla função garantidora da paz, assegurando uma demanda econômica sustentável.” É nesse contexto que se verifica o dirigismo contratual, uma forma de intervenção indireta dada a partir da edição de leis que buscavam equilibrar as relações contratuais na busca pela justiça contratual e redução do princípio da autonomia da vontade. (GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 55-56.)

⁷ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 68.

série e conseqüente difusão dos negócios jurídicos.⁸

Efetivamente, a nova realidade sócio-econômica do século XX trouxe uma nova tendência nas relações contratuais entre empresas e consumidores. A empresa, em busca de praticidade, rapidez e economia, dispensa a discussão dos dispositivos contratuais um a um.⁹ Esse fenômeno contratual, segundo Cláudio Belmonte, traz como requisitos indispensáveis: a preformulação (forma de elaboração das cláusulas) e a rigidez (utilização de contratos por adesão).¹⁰ A repetição de “contratos-padrão” passa a atingir um número indeterminado de contratantes que, sem opção de arguição das cláusulas, irão tão somente aderir-las. Daí a necessidade de proteger o consumidor, parte vulnerável dessa relação.¹¹

A incompatibilidade do individualismo contratual em face da nova realidade social provocou o declínio dos princípios norteadores da teoria clássica. Observou-se que a liberdade contratual não significava justiça contratual.¹² O novo conceito de contrato, pautado nos ideais de equidade, justiça e boa-fé, se sobrepôs ao elemento volitivo que legitimava as relações até então.¹³

Assim, nos dizeres de Aline Storer:

⁸ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 69-70. Acerca destas transformações, oportuna é a observação da autora ao lembrar que, muito embora o Estado tenha passado a assegurar os direitos do homem de segunda geração, ou seja, os direitos sociais, foram os direitos de terceira geração, aqueles relacionados ao direito transindividual, e, portanto, ao direito do consumidor, que determinaram o desprezo e a relativização da teoria tradicional do contrato.⁸

⁹ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 62.

¹⁰ BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massa no contexto contratual contemporâneo: disposições contratuais abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, jul./set., 2002, p. 137.

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 65.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 163.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 167.

O Direito Contratual, na atualidade, consolida-se como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais, voltando-se para atender ao interesse social, à coletividade, estabelecendo como norma a função social do contrato e impondo às partes contratantes, como norma positiva, a necessidade de possuir um comportamento ético, probo, a ser representado pela boa-fé objetiva, pelo dever de honestidade e lealdade das partes em todas as fases da relação contratual. Restaura-se a confiança como valor a ser observado no direito contratual contemporâneo e a pessoa como bem de maior valia em detrimento da prioridade quase absoluta de outrora na tutela do patrimônio.¹⁴

Cumpre alertar que, mesmo com a nova forma de conclusão contratual, o princípio da autonomia da vontade não foi suprimido. O que houve foi a redução de sua importância, já que este era considerado um dogma inafastável na concepção clássica e que tal percepção não mais se coaduna com a atual realidade em que vivemos. Os princípios clássicos devem ser relativizados e analisados à luz da boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social do contrato.¹⁵ Por essa razão, anota Humberto Theodoro Jr.:

[...] a **obrigatoriedade** dos pactos, a **autonomia da vontade** dos contratantes e a **relatividade** dos contratos, definidos pela teoria clássica do direito contratual, subsistem em relação aos contratos de consumo, apenas flexibilizadas e melhor adaptadas pela valorização dos aspectos éticos da boa-fé objetiva e da tutela especial à parte vulnerável das negociações de massa.¹⁶ [grifo do autor]

Na legislação brasileira, a nova concepção do contrato teve repercussão com a elaboração da Constituição de 1988, do Código Civil Brasileiro de 2002, mas principalmente com a edição do Código de Defesa do Consumidor que, a partir de normas imperativas, instituiu o valor do equilíbrio nas relações contratuais.¹⁷ Com o advento da Lei n.º 8.078/90, o princípio da boa-fé objetiva foi introduzido no ordenamento jurídico como

¹⁴ STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, ano 56, n. 363, 2008, p. 120.

¹⁵ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 71.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 16.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 166.

máximo balizador dos contratos de consumo.¹⁸ É sobre este novo paradigma e sua aplicação nas relações consumeristas que tratarão os tópicos a seguir.

1.1 A boa-fé objetiva

Diante das transformações nas relações contratuais de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propôs o Código de Defesa do Consumidor a revitalização de um dos princípios gerais do direito conhecido desde o movimento do direito natural. Trata-se do princípio geral da boa-fé. Para destacar a sua nova interpretação e função norteadora no sistema de proteção ao consumidor, este novo “mandamento” será denominado de boa-fé objetiva. Ressalte-se que sua obrigatoriedade não se restringe somente às relações de consumo, mas a todas as relações contratuais da sociedade moderna.¹⁹

Cumpre esclarecer que, mesmo antes do advento do CDC, o princípio da boa-fé já era explicitamente contemplado no campo da ação contratual, como se observa no art. 131 do Código Comercial de 1850. O aludido dispositivo, contudo, não chega a constituir uma norma de conduta, mas assume mera função interpretativa.²⁰ Somente com a Lei n.º 8.078/90 é que se introduziu este princípio como verdadeiro pressuposto obrigatório das

¹⁸ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 80.

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., ano 47, n. 268, fev., 2000, p. 48. Para explicar a origem histórica da boa-fé, Plínio Lacerda Martins se reporta aos direitos romano, canônico e germânico. Importante para a compreensão do conceito hoje adotado, a boa-fé no direito romano vinculava os contratos ao *bonae fidei iudicia*, ou seja, os contratos deveriam levar em consideração as circunstâncias que cercam o fato à intenção das partes. A análise da pretensão das partes cabia ao juiz, o que possibilitava a quebra dos padrões formais exigidos num contrato, restando a letra da lei em segundo plano. O direito canônico, todavia, traz no conceito de boa-fé a ausência do pecado. Fruto da influência da Igreja, a boa fé é definida como estado de consciência individual. Já no Direito Germânico, a boa-fé está ligada ao conceito de lealdade. À ele se deve a idéia que se tem hoje deste princípio, especialmente a partir do Código Napoleônico e das influências alemãs. (MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 42-45.)

²⁰ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 74-75.

relações contratuais, expressamente articulado através dos artigos 4º, III e 51, IV²¹, satisfazendo, inclusive, a previsão constitucional de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII da CF).²² Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo defende que a mudança de mentalidade começa com a edição do Código do Consumidor a partir da clara introdução da boa-fé objetiva como regra de conduta.²³

A boa-fé deriva, etimologicamente, do latim *bona fides*, que significa: sinceridade, confiança, fidelidade e crença. Contrária, portanto, à malícia, dolo, engano, sinônimos de má-fé.²⁴ Entende-se por boa-fé objetiva a conduta leal, o comportamento fiel que se exige das partes nas relações contratuais. Teresa Negreiros explica que “o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõe o seu substrato, o que explica sua irradiação difusa.”²⁵

Nos ensinamentos de Cláudia Lima Marques boa-fé objetiva significa:

[...] uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.²⁶

²¹ Oportuno esclarecer que, muito embora o princípio da boa-fé objetiva encontre previsão nos arts. 4º, III e 51, IV do CDC, o presente trabalho se desenvolve à luz do que enuncia o último dispositivo. Isso porque sua redação estabelece a boa-fé objetiva como verdadeiro critério para aferição de abusividades, ultrapassando a função de mera orientadora das relações de consumo como faz, genericamente, o art. 4º, III do CDC.

²² MARTINS, Plínio Lacerda. **O Abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53.

²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará**. Belém, v. 36, n. 57, jul./set., 1992, p. 6.

²⁴ GUGLINSKI, Vitor Vilela. O princípio da boa-fé como ponto de equilíbrio nas relações de consumo. **Revista ADV - Advocacia Dinâmica**. Rio de Janeiro, 2006, p. 43.

²⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.116-117. Nesse sentido, a autora prossegue: “A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.”

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 216.

Ruy Rosado Aguiar Júnior entende que:

A boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual, pois através dela pode ser regulada a extensão e o exercício do direito subjetivo.²⁷

Neste sentido, tanto na formação como na execução das obrigações, este princípio assume uma dupla função: como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e como limitador do exercício dos direitos subjetivos.²⁸

O mais conhecido dos deveres anexos é o dever de informar. Presente nas fases pré-contratual, contratual e pós contratual,²⁹ sua aplicação visa afastar o induzimento a erro ou mesmo o dolo por parte do fornecedor, sem que se criem falsas expectativas. Este dever legal, em conformidade com a boa-fé, impõe que o fornecedor esclareça ao consumidor sobre as garantias, riscos, prazos, cuidados e carências, tanto no fornecimento de produtos, como na prestação de serviços. A falta de clareza, a interpretação dúbia, informações vazias vinculam a relação, obrigando o fornecedor a adimplir com a promessa feita.³⁰

²⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun., 1995, p. 24.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., ano 47, n. 268, fev., 2000, p. 48.

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 224. A autora cita, ainda, o V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, ocorrido em Belo Horizonte, em 02-05-2000, no painel referente ao direito básico à informação, cuja conclusão n. 3 foi aprovada, por unanimidade, com a seguinte redação: “Os deveres de informação nos contratos de prestação de serviço aplicam-se nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.”

³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 228-232. Ainda sobre a importância deste dever nas atuais relações contratuais, Paulo Roberto Roque entende que o direito de informação é um dos mais importantes direitos do consumidor. Decorrente do princípio da boa-fé objetiva, parte do pressuposto que o consumidor é leigo e naturalmente vulnerável, enquanto o fornecedor é um profissional, conhecedor das informações relativas ao produto que comercializa, motivo pelo qual deve prestá-las. Informado, o consumidor dispõe de ferramentas para decidir, sem que assim seja persuadido ou induzido a erro. Antes do advento do CDC, não havia a obrigatoriedade de se informar sobre a qualidade, quantidade, preço, riscos,

O dever de cooperação, por sua vez, consiste no dever do fornecedor de facilitar ao consumidor o cumprimento da obrigação contratual. Não poderá o fornecedor impedir, dificultar, obstruir a prestação do outro contraente. Também chamado de dever de lealdade, cuida para que se atinja a finalidade do contrato. A inobservância desse comportamento significa, por exemplo, não iniciar, não prosseguir as negociações, ou seja, ausência da intenção de concluir o contrato.³¹

O terceiro e último dever anexo trata do dever de cuidado, ou de proteção, que visa resguardar a integridade física, moral e patrimonial do consumidor.³² Há quem fale ainda no dever de sigilo, onde as partes não podem divulgar as informações, conhecidas durante as negociações, que possam prejudicar a outra. Muitos autores, contudo, vêem esta conduta inserida no dever de lealdade.³³

Nota-se que, ao inovar no tratamento da boa-fé objetiva, o CDC tipifica diversas hipóteses de deveres decorrentes deste princípio, o que dá ensejo a sentenças fundamentadas diretamente na lei, haja vista a previsão legal e específica neste Código.³⁴ É

composição e características essenciais dos produtos, como exige o art. 31 desse Código. (KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do Consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 72-73.)

³¹ FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 29, jan./mar., 2007, p. 230.

³² FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 29, jan./mar., 2007, p. 224. A autora adverte que “[...] os negociante têm o dever de se comportar de forma a não violar o corpo, a saúde, a vida, o patrimônio e outros bens jurídicos, que, em virtude das negociações são colocados na área de domínio do outro, uma vez que o contrato gerado pelas conversações abre a possibilidade de uma parte atuar na esfera jurídica da outra, seja através da troca de informações ou da possibilidade de influenciar o convencimento do parceiro.”

³³ FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 29, jan./mar., 2007, p. 232. Acerca do dever de sigilo, Antônio Junqueira de Azevedo, conclui em sentido contrário: “Por outro lado, uma regra sobre o **dever de confidencialidade** sobre as informações obtidas da outra parte não existe, infelizmente, na legislação brasileira. Esse dever, salvo nos casos óbvios de sigilo profissional, não é sequer caracterizado na jurisprudência e na doutrina.” [grifo do autor] (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará**. Belém, v. 36, n. 57, jul./set., 1992, p. 9.)

³⁴ SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do**

por esse motivo que Ruy Rosado de Aguiar conclui que “a boa-fé, como fonte autônoma de deveres, nesses casos, cede o passo à lei, restando-lhe apenas a função de interpretação.”³⁵

Nesta mesma linha, aduz Cristiano Schmitt que:

A boa-fé, logicamente, será base de interpretação das relações obrigacionais com consumidores, porém, em termos de Código de Defesa do Consumidor, em face da positivação dos deveres dela decorrentes, a fonte não será o princípio, mas sim a lei. A boa-fé será o fundamento da sentença ou do acórdão quando algum dever dela decorrente, exigível no caso concreto, não encontra enquadramento específico na lei.³⁶

Em face das transformações da economia moderna, a análise da intenção pessoal e o subjetivismo da formação da vontade foram preteridos pela vontade declarada. A necessidade de segurança nas relações jurídicas de massa prestigiam muito mais os elementos objetivos, exteriores e socialmente reconhecidos, aos fatores psicológicos e pessoais que levaram à consumação do negócio.³⁷ Paulo Roque adverte, contudo, que, muito embora o CDC consagre o princípio da boa-fé objetiva, ele “não abdicou da boa-fé subjetiva na contratação.”³⁸ Esta não desapareceu e continua essencial na formação dos vínculos contratuais sustentando a teoria dos vícios de consentimento, no termos do art. 112 do CC.³⁹

Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, jan./mar., 1996, p. 158.

³⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun., 1995, p. 26.

³⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

³⁷ MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53. Acerca da distinção entre boa fé objetiva e boa-fé subjetiva, Teresa Negreiros explica que os dois conceitos não se confundem. A primeira, relevante no presente trabalho, é tratada como novo princípio do direito contratual e consiste num dever de conduta, numa postura ativa, e não abstensiva, num dever de agir, de colaborar conforme o interesse alheio, e não somente para satisfação dos interesses pessoais. A vertente subjetiva, por sua vez, observa o fator psicológico, ou seja, a intenção tida pela parte. Presente nas relações de apropriação, a verificação da boa-fé subjetiva depende de uma análise circunstancial. Trata-se de um critério de interpretação da manifestação de vontade, não havendo que se falar em dever de agir. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.120.)

³⁸ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 66.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20.

Ainda sobre a aplicação desse princípio, Humberto Theodoro Júnior alerta que ele não pode servir de proteção somente ao consumidor, posto que se trata de uma tutela legal criada para resguardar a parte mais vulnerável e não para eximi-la de uma obrigação. Na esfera contratual, ambos têm o mesmo compromisso com a boa-fé, de modo que se assegure o valor de justiça.⁴⁰

1.2 Cláusulas abusivas no CDC

Em verdade, o fenômeno das contratações em massa trouxe um descompasso nas relações jurídicas entre as partes. Não há entre elas concessões recíprocas e desapareceu o justo equilíbrio entre direitos e obrigações. Nos contratos de adesão, o fornecedor, com poder econômico superior, impõe condições ao consumidor sem que este, sequer, possa discutir os termos do contrato. Sua elaboração é feita de modo unilateral pela empresa, o que afasta as discussões paritárias e os debates prévios, restando ao consumidor simplesmente aderir à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.⁴¹

Muito utilizado nas negociações, sob a forma de contratos de planos de saúde, de operações bancárias, de incorporação imobiliária, entre outros, esse novo método de contratação merece atenção especial, principalmente pela crescente situação de sujeição da parte evidentemente inferior e pela ampliação das possibilidades de imposição de cláusulas abusivas.⁴²

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 339.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71-72.

⁴² JUSEFOVICZ, Eliseu. **Contratos**: proteção contra cláusulas abusivas. Curitiba: Juruá, 2005, p. 98. Por ora, se faz importante a distinção feita por Cristiano Schmitt, entre as cláusulas abusivas e outros institutos. É o caso do abuso de direito, figura extraída do art. 160, I do CC, que não se confunde com o instituto da cláusula

Como não poderia ser diferente, a prática de inclusão destas cláusulas remete ao sistema de proteção contratual do consumidor. Esta proteção, no que se refere à utilização de cláusulas contratuais preestabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, assume relevância social à medida que aumenta a potencialidade de serem gerados danos a um número indeterminado de pessoas.⁴³ Vale lembrar que as cláusulas abusivas, também chamadas de opressivas, vexatórias, onerosas e excessivas, podem ser encontradas em outras formas de contratação além do contrato de adesão. Muito embora seja esta a modalidade mais utilizada, a proteção ao consumidor se dá em todos os contratos de consumo.⁴⁴

Segundo Cláudia Lima Marques:

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante.⁴⁵

No intuito de repelir essa prática, as normas do CDC funcionam como instrumentos do direito para recompor o equilíbrio, a força da vontade, das legítimas expectativas do consumidor, de modo a compensar, assim, sua vulnerabilidade fática.⁴⁶ Tanto o elenco do art. 51 do CDC, quanto seu art. 53, trazem hipóteses de cláusulas abusivas, nulas

abusiva, pois pressupõe a existência da má-fé e da ilicitude. Nos contratos de massa, a averiguação da abusividade independe da boa ou má-fé do fornecedor. Ele pode até ignorar que tal cláusula seja contrária ao CDC. Ainda nesta linha, o instituto da lesão enorme, diferentemente das cláusulas abusivas, encontra na má-fé do contratante mais forte seu elemento caracterizador. (SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 84-86.)

⁴³ BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massa no contexto contratual contemporâneo: disposições contratuais abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, jul./set., 2002, p. 149.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 569.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 161

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 897.

pleno direito.⁴⁷

O caráter exemplificativo, ou *numerus apertus*, do rol do art. 51 do CDC é percebido em seu *caput*, por meio da expressão “entre outras”, e nos incisos IV e XV que ampliam as possibilidades de incidência das abusividades.⁴⁸ Proibidas pelo art. 6º, IV do mesmo Código, elas não podem ser validadas, sua nulidade é absoluta e, portanto, eximem o consumidor de seu cumprimento. Dado o caráter de ordem pública e interesse social do CDC, o magistrado deve reconhecer, de ofício, a abusividade de uma cláusula. A decisão, constitutiva negativa, que reconhece sua nulidade tem efeito *ex tunc*, retroagindo desde a data da celebração do negócio.⁴⁹

Cumpre lembrar que a nulidade de uma cláusula abusiva não invalida o conteúdo do contrato, salvo se sua ausência ensejar ônus excessivo a qualquer das partes. Em virtude do princípio da conservação dos contratos (art. 51, §2º do CDC), afasta-se a cláusula abusiva e mantêm-se os demais dispositivos, desde que resguardado o justo equilíbrio entre as

⁴⁷ BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.40. O autor ressalta que: “Algumas hipóteses definidas nos incisos do artigo 51 o são com verdadeira precisão matemática, ou seja, a nulidade é visível pelo próprio instrumento de contratação ou por prova literal. Por demandarem mínimos esforços interpretativos, são denominadas nulidades de pleno direito, nas quais o controle é denominado legal, por prescindir de valoração maior do julgador. [...] neste caso, a nulidade pode ser decretada *ex officio* e não há a necessidade da propositura de demanda específica.” (BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 44.). Cristiano Schmitt, contudo, acredita que o termo “nulas de pleno direito” foi impropriamente utilizado pelo legislador. Para o autor, a expressão apenas demonstra o caráter absoluto das nulidades, e não dispensa uma dilação probatória judicial. Segundo o autor, a falta de apreciação judicial pode incorrer em um julgamento precipitado capaz de provocar injustiças. (SCHMITT, Cristiano Heineck. As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 33, jan./mar., 2000, p. 174.)

⁴⁸ BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 571-572. Nesse sentido, os autores complementam: “A nulidade deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção), de exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou, ainda, por ato *ex officio* do juiz. A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas *constitutiva negativa*.” Sobre a declaração de ofício da nulidade de uma cláusula envolvendo contratos bancários, cumpre mencionar a recente orientação consolidada na súmula 381 do STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”

partes contratuais. Além da decretação da nulidade, o CDC confere ao juiz a possibilidade de revisar o contrato (art. 6º, V do CDC). A revisão, nos casos em que a exclusão da cláusula retira a própria essência do acordo firmado, é o melhor caminho para permanência do vínculo e da função socioeconômica do negócio jurídico. Tanto a nulidade, quanto a revisão, são instrumentos compatíveis com o esforço de se evitar a invalidação de todo o contrato.⁵⁰

Acerca do reconhecimento da abusividade da cláusula contratual, a Diretiva Européia 93/13, de 05.04.1993, entende que o intérprete deve observar o contrato como um todo e não fazer a leitura isolada do dispositivo. Uma cláusula pode ser abusiva se analisada isoladamente, mas se observada no contexto de determinado contrato pode ser perfeitamente lícita.⁵¹

Ressalte-se que, dentre os quinze⁵² dispositivos elencados no art. 51 da Lei n.º 8.078/90, terá atenção especial neste trabalho aquele compreendido como cláusula geral da boa-fé. Trata-se do inciso IV, cuja presente obra cuidará de mostrar a conexão entre a abusividade das cláusulas e o atual paradigma, relativo ao princípio da boa-fé objetiva.⁵³

A proteção contra cláusulas abusivas, enquanto direito básico do consumidor, funda-se no princípio da isonomia, na busca de uma igualdade substancial, real e

⁵⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 295-296.

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 162.

⁵² São eles: vedação da cláusula de não indenizar; subtração de opção de reembolso; transferência de responsabilidade a terceiro; cláusula da boa-fé objetiva e equilíbrio econômico do contrato; vedação de inversão prejudicial do ônus da prova; determinação compulsória de arbitragem; imposição de representante; opção exclusiva do fornecedor de concluir o contrato; alteração unilateral do preço; cancelamento unilateral do contrato; ressarcimento unilateral dos custos da cobrança; alteração unilateral do contrato; violação das normas ambientais; cláusula contrária ao sistema de proteção ao consumidor; renúncia à indenização por benfeitorias necessárias.

⁵³ Vale lembrar que, na esfera administrativa, o art. 56 do Decreto n.º 2.181, de 20.03.1997, determina que a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça divulgue, anualmente, um rol complementar de cláusulas contratuais abusivas. Esse elenco, meramente exemplificativo, não constitui norma jurídica, não vincula o intérprete, nem estabelece nenhuma inovação do previsto no art. 51 do CDC, mas apenas orienta e reforça a proibição de cláusulas iníquas ou abusivas. (ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 145.)

efetiva, e não meramente formal. Finalmente, o repúdio às abusividades tem como escopo o estabelecimento do equilíbrio nas contratações, de modo que o contrato cumpra com sua função social e de circulação de riquezas, sem que o consumidor sofra prejuízos.⁵⁴

1.3 Sentido e alcance do art. 51, IV do CDC

Conforme explanação anterior, uma das funções da boa-fé é atuar como critério definidor da abusividade do exercício do direito.⁵⁵ Nesse sentido, o inciso IV do art. 51 do CDC, também conhecido como cláusula geral da boa-fé, sintetiza o espírito do Código na regulação da relação entre consumidor e fornecedor, a fim de coibir o emprego de cláusulas abusivas nas relações de consumo.⁵⁶

O legislador brasileiro, ao elaborar uma lista única com quinze hipóteses de cláusulas abusivas, destacou entre elas os princípios da boa-fé, da equidade e o princípio inominado da vedação à vantagem exagerada. O que se estranha é a localização confusa desses elementos que não ganharam destaque, apesar da importância que assumem entre os outros tipos específicos do elenco.⁵⁷ O presente trabalho se dedicará a analisar o sentido e extensão constante do inciso IV do art. 51, especialmente no que tange à aplicação da boa-fé, à luz dos princípios estabelecidos pelo art. 4º do CDC.⁵⁸

⁵⁴ BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 42-43.

⁵⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun., 1995, p. 24.

⁵⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 89. Nesta linha, Cláudia Lima esclarece que a noção de boa-fé introduzida pelo CDC, em seus artigos 4º, III e 51, IV e §1º tem origem alemã, com base nos §§ 242 e 138 do BGB alemão e §9º da lei alemã de cláusulas abusivas de 1976. (MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., ano 47, n. 268, fev., 2000, p. 49.)

⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.163.

⁵⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, abr./jun., 1993, p. 27. Vale

Como bem aponta Alberto do Amaral Júnior, o núcleo do conceito de abusividade das cláusulas contratuais enumeradas no art. 51 do CDC está na existência de cláusulas contratuais que colocam o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor.⁵⁹

Por vantagem exagerada, conceito definido no §1º do aludido artigo, entende-se aquela contrária aos princípios fundamentais do sistema jurídico (art. 51, §1º, I do CDC), não só previstos na Lei n.º 8.078/90, como também nas outras normas que regulam as relações de consumo, tais como a Lei de Economia Popular (Lei n.º 1.521/51), Lei de Crimes Contra Ordem Econômica (Lei n.º 8.137/90), Lei de Plano e Seguro-Saúde (Lei n.º 9.656/98), Lei Antitruste, entre outras. Essa proibição é reforçada no inciso XV do art. 51 do CDC.⁶⁰

Também resulta em vantagem exagerada aquela cláusula que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual.” (art. 51, §1º, II do CDC), e que se mostra excessivamente onerosa ao consumidor (art. 51, §1º, III do CDC). Haverá onerosidade excessiva quando, na análise do caso concreto, se verificar o rompimento da equivalência contratual.⁶¹

A segunda parte do art. 51, IV do CDC, corolário da idéia do art. 4º, III do mesmo Código, cuida dos princípios da boa-fé e equidade. Eles devem ser observados em todos os contratos de consumo, funcionando como diretrizes ao intérprete.⁶² Apesar de estar

salienta a distinção, feita por Alberto do Amaral Júnior, entre princípios e regras. Segundo o autor, princípios são pautas genéricas que estabelecem programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que deve ser aplicada a uma situação jurídica determinada. O princípio é, portanto, mais amplo que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações.

⁵⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, abr./jun., 1993, p. 31.

⁶⁰ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.633.

⁶¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.635.

⁶² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.636.

inserido no rol das cláusulas abusivas, Rizzatto Nunes adverte que os referidos princípios só terão adequada aplicação se colocados como condição de cláusula geral, norteadores das demais cláusulas contratuais, ou seja, o intérprete deverá ler e analisar todos os dispositivos do contrato para verificar se houve alguma violação a estes princípios.⁶³ Cumpre a ele o exame de valoração da cláusula contratual, analisando se esta é, ou não, contrária à equidade e boa-fé.⁶⁴

Cabe aqui, breve distinção entre equidade e boa-fé. Segundo Ruy Rosado, os dois não se confundem, pois a equidade pode impor a umas das partes, ainda que de comportamento honesto e leal, apropriado à realidade do contrato, uma perda de direito. Ou seja, o juízo equitativo vai além da boa-fé, reduzindo valores, excluindo deveres e flexibilizando obrigações. A boa-fé, por sua vez, é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico, quais sejam, o da liberdade, justiça e solidariedade.⁶⁵ Já Cláudia Lima Marques prefere entender que a noção de equidade, ou equilíbrio contratual, está inserida no princípio da boa-fé e da confiança e, portanto, é mera projeção destes.⁶⁶

Em que pese a divergência doutrinária sobre o fato de a equidade ser princípio autônomo ou parte integrante do conceito da boa-fé objetiva, tal debate não assume grande relevância, vez que a Lei 8.078/90, talvez por caráter didático, consagra, por repetidas vezes, a importância desses princípios nas relações consumeristas (art. 4º, III e art. 51, IV,

⁶³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 573.

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 581.

⁶⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun., 1995, p. 24.

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., ano 47, n. 268, fev., 2000, p. 51.

ambos do CDC).⁶⁷ Nessa mesma linha, a equidade, também erigida na condição de cláusula geral, busca o equilíbrio na relação obrigacional, devendo o intérprete sempre primar pela justiça contratual.⁶⁸

Apesar de ser dado ao magistrado um poder mais amplo, este não deve cair em motivações subjetivas. A cláusula geral exigirá do juiz atos de conhecimento e não de vontade.⁶⁹ Ruy Rosado adverte que, como toda cláusula geral, admite atividade criadora do magistrado, sem que, no entanto, seja arbitrária. Sua atividade deve estar contida nos limites da realidade do contrato, de sua tipicidade, estrutura e funcionalidade. O juízo proferido não pode constituir num arbítrio indefinido ou desproporcional na aplicação dos critérios éticos. Para aplicação da cláusula geral, o magistrado deve partir do pressuposto de que toda relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para uma convivência social saudável.⁷⁰

Acerca da inadmissibilidade do juízo arbitrário do intérprete, Paulo Luiz Neto Lôbo lembra ainda que:

O intérprete ou juiz não pode fazer prevalecer seus juízos subjetivos acerca do conteúdo dessa cláusula geral, em virtude da vacuidade aparente de seu conteúdo. O significado das expressões empregadas pela lei há de ser captado na ambiência social, nos valores típico-sociais, que devem auxiliar na busca e afirmação do *equilíbrio contratual*, o equilíbrio de direitos e obrigações entre predisponente e aderente, declarando-se nulas as vantagens

⁶⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 286.

⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 147. Sobre a correlação dos princípios e a atuação do juiz, o autor ensina que: “A boa-fé sempre se entroncou historicamente com a equidade. O juízo de equidade conduz o juiz às proximidades do legislador, porém limitado à decidibilidade do conflito determinado na busca do equilíbrio dos poderes contratuais, tendo de um lado o predisponente e de outro o aderente típico. [...] No caso, a equidade surge como corretivo ou impedimento das condições gerais iníquas ou que provoquem vantagem injusta ao predisponente em relação a qualquer aderente. A idéia da lei é que existam critérios definidos referenciáveis em abstrato e que o juiz-intérprete não os substitua por mera apreciação discricionária.”

⁶⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92.

⁷⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun., 1995, p. 25.

excessivas de um e a onerosidade excessiva do outro. É esta a *ratio iuris* fundamental e a diretriz que deve guiar a aplicação da lei.⁷¹

Efetivamente, os princípios da boa-fé e da equidade são os limites entre o válido e o abusivo.⁷² Cláudio Petrini Belmonte entende que a cláusula que importe um desequilíbrio manifesto em desfavor do aderente pressupõe a má-fé do utilizador. Daí dizer que a preservação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos é essencial para a subsistência de sua licitude.⁷³ A propósito, sobre a relação entre este princípio e a abusividade das cláusulas, transcreva-se o entendimento da Diretiva 93/13 da Comunidade Européia:

As cláusulas contratuais que não se tenham negociado individualmente considerar-se-ão abusivas se, perante as exigências da boa-fé, causam, em detrimento do consumidor, um desequilíbrio importante entre os direitos e as obrigações das partes que derivam do contrato.⁷⁴

Em resumo, os comentários tecidos concluem que a cláusula geral da boa-fé, uma das mais importantes inovações introduzidas pela Lei n.º 8.078/90 no direito contratual brasileiro, procura estabelecer o equilíbrio da relação de consumo, abalado em razão de cláusulas que estipulavam direitos e obrigações díspares, abusivas, iníquas ou que colocavam o consumidor em posição desvantajosa.⁷⁵ O próximo capítulo verificará se a jurisprudência brasileira, no âmbito do STJ, tem aplicado com discernimento os princípios da boa-fé objetiva e da equidade contratual, com base no art. 51, IV do CDC.

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.164.

⁷² LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.155.

⁷³ BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massa no contexto contratual contemporâneo: disposições contratuais abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, jul./set., 2002, p.154.

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 905.

⁷⁵ SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, jan./mar., 1996, p.159.

2 JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Expostas as informações doutrinárias do capítulo anterior, resta indagar sobre a aplicabilidade e adequação do que se aduz por cláusula geral da boa-fé. Este estudo, cujo objeto concentra-se na jurisprudência mais atual, a partir das decisões prolatadas desde 2004 pelo Superior Tribunal de Justiça, pretende revelar se a inteligência do art. 51, IV do CDC tem sido corretamente utilizada pela Corte.

A escolha pela análise dos julgados do STJ se deve ao fato de se tratar da última instância para apreciação das causas infraconstitucionais. Como Tribunal de convergência da Justiça Comum, julga os conflitos originários de todo o território nacional e uniformiza as interpretações dadas pelas instâncias inferiores, agindo como órgão de revisão por meio do julgamento de recursos (art. 105, III da CF).⁷⁶ Daí o interesse em se identificar qual a mais recente orientação adotada por esta Corte a partir da análise das decisões proferidas nos últimos cinco anos quanto à nulidade das cláusulas contratuais consideradas iníquas, abusivas, contrárias à boa-fé ou à equidade, e que colocam o consumidor em desvantagem exagerada.

Cumpre esclarecer, desde logo, que o critério utilizado para definição dos subitens a seguir foi a frequência com que as cláusulas de determinadas modalidades contratuais ofendiam, direta ou indiretamente, o dispositivo do inciso IV, do art. 51, do CDC, bem como a relevância, dada pela doutrina, a estas formas de contrato. Não obstante a multiplicidade de espécies contratuais com cláusulas contrárias ao princípio da boa-fé

⁷⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293>. Acesso em: 08 ago. 09.

objetiva, optou-se por citar, neste trabalho, aquelas que, por reiteradas vezes, teve sua validade questionada junto ao STJ.⁷⁷

Diante da jurisprudência encontrada, anotaram-se alguns contratos que envolvem, com maior incidência, cláusulas contrárias à boa-fé objetiva. São eles: contratos de saúde, contratos com instituição financeira, com instituição de ensino e de incorporação imobiliária. Muito embora não se tratem de atividades consumeristas específicas, também serão abordados aqui, aspectos não menos frequentes na jurisprudência do STJ, quais sejam, as cláusulas de eleição de foro e aquelas que implicam o descumprimento dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé.

2.1 Cláusulas dos contratos de plano de saúde

Nos contratos de assistência à saúde, diversas são as cláusulas iníquas e limitadoras dos direitos do consumidor. A partir de uma análise jurisprudencial, foram elencados alguns grupos de cláusulas contratuais ofensivas ao princípio da boa-fé objetiva que aparecem reiteradas vezes nestes tipos de contratos.⁷⁸

2.1.1 Cláusulas de exclusão de determinados tratamentos e colocação de prótese

O presente tópico questionará se a cláusula de contrato de plano de saúde que exclui da cobertura o custeio ou o ressarcimento de próteses, ou qualquer outro

⁷⁷ Ilustrativamente, registrem-se alguns julgados que, mesmo sem reiterados precedentes, enfrentaram a abusividade da cláusula contratual com base no art. 51, IV do CDC. Envolvendo contratos de seguro, cite-se: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp. nº 442.382/PB. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 25 set. 2007. DJ de 15/10/07; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AI nº 736.617/MT. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF, 04 set. 2008. DJ de 23/09/08. Sobre contratos de prestação de serviços advocatícios, cite-se: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 364.168/SE. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 20 abr. 2004. DJ de 21/06/04.

⁷⁸ As palavras-chave utilizadas no site do STJ (www.stj.gov.br), como critério desta pesquisa jurisprudencial, foram: “boa-fé e CDC”, “equidade e CDC”, “51 e CDC e IV”, “abusiva e cláusula”, “iníqua e cláusula”, “exagerada e vantagem”, “desvantagem e exagerada”, “equilíbrio e contratual”, “onerosidade e excessiva CDC”, “saúde e plano”, “seguro CDC”, “abusiva e CDC e seguro e cláusula”, “saúde e suspensão e contrato”, “exclusão doença CDC”, “aids CDC”, “câncer CDC”, “doença crônica CDC”, “doença congênita CDC”, “doença infecto-contagiosa CDC”.

tratamento necessário para a recuperação do paciente é, ou não, abusiva, nos termos da legislação consumerista.

A análise feita sobre os acórdãos proferidos pelo STJ revela que, muito embora os planos de saúde possam estabelecer quais doenças serão cobertas, estes não podem restringir o tipo de tratamento a ser utilizado na cura da patologia alcançada pelo contrato.⁷⁹

Essa foi a orientação da Terceira Turma do STJ que decidiu pela condenação da seguradora ao pagamento do tratamento quimioterápico e ambulatorial negado sob a alegação de não estarem previstos na apólice. Do voto do relator, ministro Carlos Alberto Menezes Direito, extrai-se o seguinte trecho:

Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor.⁸⁰

Apreciando a tendência desta Corte, cumpre mencionar também a decisão que condenou a operadora do plano de saúde por realizar alteração unilateral no contrato determinando que a assistência médico hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado ao valor da tabela. O voto do relator, Min. Luiz Felipe Salomão,

⁷⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 668.216/SP. Ementa: Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 15 mar. 2007. DJ de 02/04/07.

⁸⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 668.216/SP. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 15 mar. 2007. DJ de 02/04/07.

é fundado no descumprimento dos deveres fundamentais de informação e cooperação devidos pela empresa, bem como na violação dos arts. 46 e 51, IV, §1º, ambos do CDC.⁸¹

O mesmo ocorre com as cláusulas contratuais que excluem da cobertura a implantação de prótese imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Para o Superior Tribunal de Justiça, elas violam a boa-fé objetiva e o dever de conduta que impõe lealdade aos contratantes.⁸²

Ainda que se admita a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, conforme exigência do § 4º, do artigo 54, do CDC, revela-se abusiva aquela que prevê o não custeio de prótese necessária para o sucesso da intervenção

⁸¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp. nº 418.572/SP. Ementa: Civil e Processual Civil. Plano de saúde. Alteração unilateral do contrato. Internação em hospital não conveniado. CDC. Boa-fé objetiva. 1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado. 2. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médico hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela. Violação dos arts. 46 e 51, IV e § 1º do CDC. 3. Por esse motivo, prejudicadas as demais questões propostas no especial. 4. Recurso especial provido Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 mar. 2009. DJ de 30/03/09.

⁸² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 993.876/DF. Ementa: Civil e Processo Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Recusa do plano de saúde em arcar com custos de cirurgia e implante de *Stent Cypher*, ao argumento de que tal aparelho seria, ainda, experimental. Alegação negada pelas provas dos autos e pela própria conduta posterior da seguradora, que nenhuma objeção impôs a idêntico pedido, em data posterior. Danos morais configurados, de acordo com pacífica jurisprudência do STJ. Perdas e danos. Possibilidade de pedido específico já na inicial, não realizado pelo autor. Impossibilidade de delegação da questão à liquidação da sentença em tal circunstância. - Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. - Na presente hipótese, acrescente-se ainda que a conduta do plano de saúde assumiu contornos bastante abusivos que vão muito além do mero descumprimento contratual, na medida em que houve uma negativa inicial e, a seguir, uma autorização para um segundo procedimento idêntico alguns meses depois, sem que qualquer alteração nas bases fáticas ou contratuais tivesse se operado. Evidente, portanto – conforme reconheceu o acórdão – que a primeira negativa da seguradora se resumiu a um verdadeiro ato de discricionariedade, praticado em desfavor do segurado e completamente desconectado do mínimo de razoabilidade. - O acórdão entendeu que o autor, por conveniência, deixou de precisar o valor material de um de seus pedidos relativos a perdas e danos, quando tal providência era perfeitamente possível. Nessa perspectiva, é irrelevante que, em alguns casos específicos, seja possível relegar a fixação do 'quantum' à liquidação de sentença, porque tal só se dá em face de dificuldades inerentes ao próprio julgamento e não como decorrência de mera escolha do autor em assim descrever o pedido. - Não se conhece de recurso especial na parte em que este se encontra deficientemente fundamentado. Recurso especial parcialmente provido. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 06 dez. 2007. DJ de 18/12/07.

cirúrgica agasalhada pelo plano. É indiferente, neste caso, se o referido material é, ou não, importado. A implantação constitui mecanismo integrante e indissociável do método cirúrgico.⁸³

Nota-se que a prática jurisprudencial consiste em resguardar a legítima expectativa do consumidor que, ao celebrar o contrato, espera que sua finalidade precípua seja atingida. A mera clareza e destaque dados às cláusulas limitativas não impedem a ocorrência da abusividade e conseqüente rompimento com o equilíbrio contratual, além de excessiva desvantagem ao consumidor, observando-se, portanto, a essência do art. 51, IV, do CDC.

2.1.2 Cláusula de exclusão de transplantes de órgãos

A cláusula de restrição de transplantes em planos de saúde não são consideradas abusivas. Assim decidiu a Terceira Turma do STJ no julgamento do recurso interposto em face de uma associação médica, que pleiteava o reconhecimento da cláusula que excluía transplantes heterólogos (introdução de células ou tecidos de um organismo em

⁸³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 1.046.355/RJ. Ementa: Recurso Especial - Plano de saúde - Exclusão da cobertura o custeio ou o ressarcimento de implantação de prótese importada imprescindível para o êxito da intervenção cirúrgica coberta pelo plano - Inadmissibilidade - Abusividade manifesta da cláusula restritiva de direitos - Recurso Especial provido. I - Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado; II - Recurso provido. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, DF, 15 mai. 2008. DJ de 05/08/08. Neste mesmo sentido, cite-se ainda: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 896.247/RJ. Relator: Min Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, 21 nov. 2006. DJ de 18/12/06. Acerca da cláusula restritiva de implantação de prótese, cabe destacar a decisão da Min. Nancy Andrighi, no REsp nº 735.168/RJ, 3ª Turma, DJ de 26/03/08, que condenou a seguradora à reparação por danos materiais e morais. Segundo a ministra, a partir de 2004, com o julgamento do AgRg no AI nº 520.390/RJ, de relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05/04/04, é que “passou-se a adotar tese segundo a qual o dano moral pela indevida recusa em fornecer o serviço de seguro esperado pelo consumidor, em momento de extrema angústia como se analisa nos presentes autos, decorre diretamente desse próprio fato[...].” Ainda sobre a fixação de indenização por danos morais, veja: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AI nº 661.853/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 03 mai. 2005. DJ de 23/05/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AI nº 846.077/RJ. Relatora: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 05 jun. 2007. DJ de 18/06/07. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 986.947/RN. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 11 mar. 2008. DJ de 26/03/08. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 907.718/ES. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 out. 2008. DJ de 20/10/08.

outro)⁸⁴.

Na sua decisão, o ministro Humberto Gomes de Barros considerou tratar-se de cláusula restritiva expressa e de fácil compreensão, e que o associado teria contratado com o plano de livre vontade, com total consciência. De fato, esse é o entendimento firmado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.⁸⁵

Conforme o art. 15, § 3º, III da Resolução Normativa n.º 167, publicada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em 10/01/08, os planos de saúde podem excluir a cobertura de transplantes, exceto os de córnea, rim, bem como dos transplantes autólogos listados no anexo I da citada Resolução. O mesmo artigo prevê, ainda, que os planos de saúde são obrigados a cobrir o acompanhamento clínico no pós-operatório dos pacientes submetidos a transplante de rim e córnea. A exigência tornou-se obrigatória desde abril de 2008.⁸⁶

2.1.3 Cláusula que limita o tempo de internação

Um outro grupo de cláusulas foi identificado pela jurisprudência como abusiva, qual seja, o referente à imposição de limites à internação. A partir do julgado da

⁸⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no EREsp nº 378.863/SP. Ementa: Agravo regimental. Embargos de divergência. Desprovimento. 1. O acórdão objeto do recurso de embargos de divergência sustenta não ser abusiva cláusula contratual expressa excluindo da cobertura o transplante, cuidando a espécie de transplante heterólogo. 2. Os paradigmas versam temas diversos, como limitação do tempo de internação, cláusula excludente do tratamento da AIDS e cláusula constante do contrato de adesão de natureza dúbia e limitativa de direito do consumidor, posto que não redigida com clareza e destaque. 3. Neste contexto, não há similitude fática entre as hipóteses confrontadas, carecendo, em consequência, de amparo os embargos de divergência. 4. Agravo regimental desprovido. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 21 fev. 2006. DJ de 08/05/06.

⁸⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 635.975/SP. Ementa: Plano de saúde. Cláusula excludente. Transplante. Precedentes da Corte. 1. Com ressalva da posição do Relator, a Corte, nas Turmas de Direito Privado, no cenário disposto nos autos, entende que é válida a cláusula excludente de transplante, não se examinando nem a Lei nº 9.656/98 nem a questão da inclusão sem o devido destaque. 2. Recurso especial não conhecido. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 13 dez. 2005. DJ de 02/05/06.

⁸⁶ GUIMARÃES, Janafina Rosa. Planos de saúde: cláusulas de restrição de transplantes em planos de saúde não são abusivas. **Revista ADV - Advocacia Dinâmica**. Rio de Janeiro, v. 28, n. 05, fev., 2008, p.69.

Segunda Turma do STJ⁸⁷ é que se consolidou e se sumulou o entendimento pela abusividade de tais cláusulas. A Súmula 302 do STJ pacificou essa questão, antes controvertida,⁸⁸ afirmando que: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Recentemente, a Quarta Turma do Tribunal ampliou, na prática, o sentido e alcance da Súmula 302 ao decidir, por unanimidade, que os planos de saúde não podem limitar o valor do tratamento e da internação de seus associados. Segundo o relator, Min. Aldir Passarinho, a hipótese de restrição de valor:

[...] não é similar à da súmula citada, mas comporta o mesmo tratamento. A meu ver, até tratamento mais severo, pois a cláusula é mais abusiva ainda, é pior. Pior, porque poderia até supor-se, muito longinquamente, muito secundariamente, que a limitação de período de internação teria considerado, ao menos, uma média temporal de tratamento hospitalar em certas circunstâncias, como, por exemplo, parto, algumas cirurgias eletivas de menor risco, etc; mas, nem isso, como se sabe, a jurisprudência aceitou. Já na espécie em comento, de limitação de custeio, qual o critério que poderia ter norteado a restrição, senão, apenas, realmente, o de privilegiar o lucro da seguradora por excelência, a inversão do risco contratual devolvendo-o ao segurado, a colocação da saúde em posição coadjuvante na finalidade

⁸⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp. nº 251.024/SP. Ementa: Direito civil e do consumidor. Plano de saúde. Limitação temporal de internação. Cláusula abusiva. Código de defesa do consumidor, art. 51-IV. Uniformização interpretativa. Prequestionamento implícito. Recurso conhecido e provido. I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum. III - Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 27 set. 2000. DJ de 04/02/02.

⁸⁸ Cumpre fazer menção ao julgamento do REsp nº 242.550/SP, 4ª Turma, corrido em 02/03/00, cujo relator, Min. Ruy Rosado de Aguiar, concluiu por não haver abusividade na cláusula restritiva do tempo de internação, argumentando que: “Constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde [...]”, não cabendo à instituição privada o exercício deste papel. Assegurou, ainda, existir equilíbrio financeiro entre o que o beneficiário paga e o que é oferecido pela seguradora. No entanto, nos julgamentos dos REsp nº 249.423/SP, 4ª Turma, de 19/10/00; e REsp nº 214.237/RJ, 4ª Turma, de 02/08/01, cujas relatorias também foram de autoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, o teor de seu voto, em ambos os acórdãos, foi em sentido completamente diverso do retro citado. Nestes últimos, o ministro passou a entender pelo reconhecimento do direito do consumidor decidindo ser nula a cláusula limitativa no período de internação do segurado.

contratual?⁸⁹

Em verdade que a limitação contraria o princípio do equilíbrio contratual tendo em vista que não se pode saber, com antecipação, o tempo de internação hospitalar necessário para que o consumidor-paciente recupere sua saúde ou receba alta médica.⁹⁰ Acerca da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça vale citar a observação feita no voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

[...] o paciente não é dono de sua doença e faz parte do risco do negócio, se prevista a cobertura da doença, tal e qual está em precedente de que fui Relator, considerando abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, “o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicação da doença, coberto pelo plano de saúde” (REsp nº 158.728/RJ, DJ de 17/5/99).⁹¹

Nota-se que ora os acórdãos proferidos pelo STJ fundamentam o provimento ao segurado com base no artigo 51, IV, do CDC, ora sustentam a violação aos dispositivos dos arts. 6º, IV e VIII, e 51, XV do mesmo Código. Há ainda casos em que apenas alegam ofensa à boa-fé objetiva dispensando a citação expressa do artigo a ela correspondente. Embora se tenha constatado diferentes razões argüidas nas decisões, percebe-

⁸⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp. nº 326.147/SP. Ementa: Civil e processual. Acórdão estadual. Omissões não configuradas. Seguro-saúde. Cláusula limitativa de valor de despesas anuais. Abusividade. Esvaziamento da finalidade do contrato. Nulidade. I. Não padece do vício da omissão o acórdão estadual que enfrenta suficientemente as questões relevantes suscitadas, apenas que trazendo conclusões adversas à parte irredutível. II. A finalidade essencial do seguro-saúde reside em proporcionar adequados meios de recuperação ao segurado, sob pena de esvaziamento da sua própria *ratio*, o que não se coaduna com a presença de cláusula limitativa do valor indenizatório de tratamento que as instâncias ordinárias consideraram coberto pelo contrato. III. Recurso especial conhecido e provido. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 21 mai. 2009. DJ de 08/06/09.

⁹⁰ Nesse mesmo sentido, seguem os seguintes julgados: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp. nº 345.848/RJ. Ementa: Plano de saúde. Cláusula limitativa do tempo de internação. Código de defesa do consumidor. Abusividade. – “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.” (Súmula n. 302-STJ) Recurso especial conhecido e provido parcialmente. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 04 nov. 2004. DJ de 04/04/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 609.372/RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 nov. 2005. DJ de 01/02/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 361.415/RS. Relatora: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 02 jun. 2009. DJ de 15/06/09.

⁹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 601.287/RS. Ementa: Internação hospitalar. Limitação temporal. Plano de saúde. Precedentes da Segunda Seção. 1. Já assentou a Segunda Seção que a limitação do tempo de internação, coberta a doença pelo plano, é abusiva. 2. Pertinente a indenização por dano moral quando em situação de abalo nos cuidados com a mãe internada sofre a parte constrangimento para encerrar a internação, no curso de patologia severa. 3. Recurso especial conhecido e provido. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 07 dez. 2004. DJ de 11/04/05.

se a consolidação da jurisprudência no sentido de que a cláusula limitativa de dias de internação é abusiva e contrária à legislação do CDC.

2.1.4 Cláusula que estabelece carências desproporcionais

A carência, período durante o qual o consumidor não pode usar integralmente os serviços contratados durante o plano de saúde,⁹² também foi considerada abusiva, com base no dispositivo do art. 51, IV do CDC, se estabelecida por um período muito longo e desequilibrar o sinalagma do contrato.

Por tratar-se de um dos principais problemas dos consumidores em relação aos planos e seguros de saúde, essa matéria passou a ter tratamento especial na Lei 9.656/98 (LPS), que autorizou as carências, estabelecendo, contudo, prazos máximos.⁹³ Já não se admite também a reabertura da carência por atraso do pagamento.⁹⁴ Ademais, o par. único, II do art. 13 da referida Lei veda expressamente a suspensão do contrato, salvo se o atraso acontecer por mais de sessenta dias.⁹⁵

A jurisprudência considera que a cláusula que fixa a carência para certos

⁹² CORRÊA FILHO, Luiz Araújo Torres. **Planos de saúde e suas cláusulas abusivas**. São Paulo: RCN, 2004, p.38.

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 999. A autora explica ainda que, segundo o art. 12, V da Lei 9.656/98, a carência ficou limitada ao período máximo de 300 (trezentos) dias para partos a termo, prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para os demais casos e prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.

⁹⁴ A este exemplo, observam-se os seguintes julgados: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 259.263/SP. Ementa: Plano de saúde. Abusividade de cláusula. Suspensão de atendimento. Atraso de única parcela. Dano moral. Caracterização. I - É abusiva a cláusula prevista em contrato de plano-de-saúde que suspende o atendimento em razão do atraso de pagamento de uma única parcela. Precedente da Terceira Turma. Na hipótese, a própria empresa seguradora contribuiu para a mora pois, em razão de problemas internos, não enviou ao segurado o boleto para pagamento. II - É ilegal, também, a estipulação que prevê a submissão do segurado a novo período de carência, de duração equivalente ao prazo pelo qual perdurou a mora, após o adimplemento do débito em atraso. III - Recusado atendimento pela seguradora de saúde em decorrência de cláusulas abusivas, quando o segurado encontrava-se em situação de urgência e extrema necessidade de cuidados médicos, é nítida a caracterização do dano moral. Recurso provido. Relator: Min. Walter Bertoldo. Brasília, DF, 02 ago. 2005. DJ de 20/02/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 285.618/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 18 dez. 2008. DJ de 20/02/09.

⁹⁵ CARDOSO, Antônio Pessoa. Carência nos Planos de Saúde. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, ano 10, v. 10, n. 230. ago., 2006, p. 53.

tratamentos, em si, não é abusiva, mas torna-se suspeita quando estabelece períodos muito extensos, desprovidos de razoabilidade, objetivando lucro fácil e desrespeitando os princípios da boa-fé objetiva e da justiça contratual.⁹⁶ A razão deste entendimento se deve ao balanço feito entre o valor da vida e o interesse econômico do fornecedor, como se observa no voto do Min.Aldir Passarinho Junior:

Todavia, a jurisprudência do STJ tem temperado a regra quando surjam casos de urgência de tratamento de doença grave, em que o valor da vida humana se sobrepuja ao relevo comercial, além do que, em tais situações, a suposição é a de que quando foi aceita a submissão à carência, a parte não imaginava que poderia padecer de um mal súbito.⁹⁷

Nota-se que a jurisprudência, aplicando a legislação vigente, afastou a eficácia das “cláusulas-barreira” ao impugnar prazos de carência muito longos e repudiar a reabertura da carência para a hipótese de atraso de pagamento.⁹⁸ Observou-se que a imposição de tantas dificuldades e exigências impede o exercício de direitos contratuais, bem como afasta a finalidade do contrato.⁹⁹

⁹⁶ NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, jul./set., 2005, p. 163.

⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 466.667/SP. Ementa: Civil e processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Plano de saúde. Carência. Tratamento de urgência. Recusa. Abusividade. CDC, art. 51, I. I. Não há nulidade do acórdão estadual que traz razões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas por conter conclusão adversa ao interesse dos autores. II. Irrelevante a argumentação do especial acerca da natureza jurídica da instituição-ré, se esta circunstância não constituiu fundamento da decisão. III. Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida. IV. Recurso especial conhecido em parte e provido. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 27 nov. 2007. DJ de 17/12/07.

⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 999.

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no AI nº 1.064.823/RJ. Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Dissídio jurisprudencial demonstrado, além de se tratar de divergência notória. Responsabilidade civil. Recusa indevida em cobrir tratamento de saúde de segurada. Prazo de carência. Cláusula anulada nas instâncias ordinárias. Dano moral configurado. Indenização devida. Agravo regimental improvido. 1. Nas razões do especial, há nítido confronto entre as circunstâncias fáticas do caso com os arestos colacionados como paradigmas, evidenciando, ao fim, conseqüências jurídicas discrepantes. Se por isso não fosse, essa Corte Superior entende que as exigências de ordem formal a que se refere o art. 255 do RISTJ, podem ser dispensadas quando o dissídio jurisprudencial mostrar-se notório. 2. A jurisprudência desta Casa tem-se manifestado no sentido de que a simples recusa indevida à cobertura de tratamento médico

Ademais, são também consideradas abusivas as cláusulas que exigem o cumprimento da carência em casos de urgência ou emergência.¹⁰⁰ Decorridas as primeiras vinte e quatro horas após a assinatura do contrato, o consumidor que necessitar de atendimento urgente (resultante de acidente pessoal ou de complicação no processo gestacional), ou de emergência (que implica risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente), deverá ser atendido e ter todas as despesas custeadas pela operadora.¹⁰¹

2.1.5 Cláusula de exclusão ao atendimento a determinadas doenças, inclusive doenças ou lesões preexistentes

As cláusulas contratuais de exclusão ao atendimento às certas doenças podem ser consideradas abusivas dada a falta de precisão, razoabilidade e destaque no texto, sem permitir ao segurado a devida compreensão das limitações ali presentes. Ante a frustração da legítima expectativa do consumidor adimplente, a orientação jurisprudencial é no sentido de considerá-las nulas de pleno direito.¹⁰²

O grupo de patologia mais excluído é aquele referente a doenças congênitas, crônicas e infecto-contagiosas. No âmbito do STJ, está firmado o entendimento de que a cláusula de exclusão de tratamento de Aids é inválida e fere a própria natureza do seguro-

urgente, ao argumento de não se ter implementado o prazo de carência, extrapola os limites do "mero aborrecimento". 3. Agravo regimental improvido. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 abr. 2009. DJ de 11/05/09.

¹⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 657.717/RJ. Ementa: Consumidor. Recurso especial. Seguro saúde. Recusa de autorização para a internação de urgência. Prazo de carência. Abusividade da cláusula. Dano moral. - Tratando-se de contrato de seguro-saúde sempre haverá a possibilidade de conseqüências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica. - Conforme precedentes da 3.ª Turma do STJ, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. Recurso especial conhecido e provido. Relatora: Min. Nancy Andriighi. Brasília, DF, 23 nov. 2005. DJ de 12/12/05.

¹⁰¹ CORRÊA FILHO, Luiz Araújo Torre. **Planos de saúde e suas cláusulas abusivas**. São Paulo: RCN, 2004, p.27.

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 972.

saúde.¹⁰³

Da mesma maneira, o entendimento jurisprudencial tem sido favorável ao consumidor, julgando ser abusiva a cláusula de exclusão genérica de cobertura às doenças e lesões preexistente (DLP), quando a operadora de planos e seguros de saúde não realiza nenhum exame no paciente ou não obtém dele declaração expressa que constate se este portava alguma enfermidade no momento da celebração do contrato.¹⁰⁴

Conforme regulação estabelecida pela LPS (Lei n.º 9.656/98) e pelas Resoluções n.º 2 do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) e n.º 68 da Agência Nacional de Saúde (ANS), caberá ao fornecedor o dever de comprovar a existência da doença ou lesão preexistente sofrida pelo consumidor, seja por meio de declaração expressa feita por ele, por meio de entrevista qualificada ou perícia. Cabe ainda destacar que, durante o período probatório, o fornecedor de planos de saúde não pode suspender assistência à saúde ao consumidor (art. 11, par. único, da n.º Lei 9.656/98).¹⁰⁵

A pesquisa concentrada nos julgados dos últimos cinco anos revela que as decisões aplicam a legislação dos planos de saúde buscando afastar a abusividade ao invocar

¹⁰³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 244.847/SP. Ementa: Plano de Saúde. Cláusula de exclusão. AIDS. I - A cláusula de contrato de seguro-saúde excludente de tratamento de doenças infecto-contagiosas, caso da AIDS, é nula porque abusiva. II - Nos contratos de trato sucessivo aplicam-se as disposições do CDC, ainda mais quando a adesão da consumidora ocorreu já em sua vigência. III - Recurso especial conhecido e provido. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 19 mai. 2005. DJ de 20/06/05. Vale mencionar, ainda, o *leading case* de relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar no caso em que a operadora de plano de saúde queria excluir da cobertura do seguro o tratamento contra AIDS do consumidor, alegando se tratar de doença epidêmica. Mesmo não tendo conhecido do recurso, o relator analisou o mérito: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 86.095/SP. Ementa: Seguro-Saúde – Aids – Epidemia 1.A empresa que explora plano de seguro saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento de sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. 2. A interpretação de clausula contratual, sobre a exclusão de despesas decorrentes de epidemia, está fora do âmbito do recurso especial (Sum.05). Recurso não conhecido. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 22 abr. 1996. DJ de 27/05/96.

¹⁰⁴ NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, jul./set., 2005, p. 159.

¹⁰⁵ NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, jul./set., 2005, p. 158.

de forma, explícita ou implícita, o princípio da boa-fé objetiva (art.51, IV, CDC), da transparência (art. 6º, III; art. 54 §§ 3º e 4º, ambos do CDC) e do equilíbrio contratual (art.6º, IV; art. 51, IV e XV, ambos do CDC).

Aduz-se, a este exemplo, o voto do Ministro Jorge Scartezzini no sentido de condenar a seguradora a reembolsar o consumidor com as despesas médico-hospitalares recusadas sob o argumento de preexistência da doença. Não comprovada a preexistência da patologia à contratação do seguro, a Quarta Turma decidiu ainda, por unanimidade, pela condenação por danos morais à seguradora.¹⁰⁶

2.1.6 Cláusulas de suspensão ou rescisão unilateral do contrato

Efetivamente, as cláusulas contratuais que autorizam a suspensão ou a resolução do contrato, por vontade unilateral do fornecedor, colocam o consumidor em desvantagem exagerada, sendo abusivas e contrárias ao sistema do Código de Defesa do

¹⁰⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 880.035/PR. Ementa: Civil - Processo civil - Recurso Especial - Seguro Saúde - Recusa indevida da seguradora em custear cirurgia de emergência - Alegação não comprovada de doença preexistente à contratação do seguro - Direito à cobertura reconhecido - Danos Morais - Ocorrência. 1. No pleito em questão, o autor submeteu-se a uma cirurgia de emergência de um tumor maligno no cérebro, recusando a seguradora a arcar com as despesas médico-hospitalares ao argumento de preexistência da doença quando da assinatura do contrato. As instâncias de 1º e 2º grau julgaram restar incomprovadas as alegações da empresa-recorrida, reconhecendo o direito do autor à cobertura pleiteada, lhe sendo reembolsados os gastos com a cirurgia e o pagamento do tratamento quimioterápico, nos termos do contrato firmado entre as partes. 2. Quanto aos danos morais, o Tribunal, reformando a sentença neste ponto, considerou que a indevida recusa da seguradora, inobstante ter causado "*transtornos e mal-estar ao autor*", não configurou a ocorrência do dano moral pleiteado. 3. O Acórdão recorrido encontra-se em dissonância com o entendimento firmado nesta Corte, consoante o qual "a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, pois este, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada ". Precedentes. 4. Ademais, como, também, já tem decidido esta Corte, em casos como este "não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial. Acha-se ele in re ipsa, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação". Precedentes. 5. Considerando as peculiaridades do pleito em questão, e em acordo com precedentes desta Corte em casos assemelhados, versando sobre recusa indevida de cobertura securitária, restabeleço a sentença de 1º grau, mas reduzindo o valor reparatório por danos morais, para fixá-lo em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). 6. Recurso conhecido e provido. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 21 nov. 2006. DJ de 18/12/06.

Consumidor (arts. 4º, III; 51, IV, XV, §1º do CDC).¹⁰⁷

Da análise jurisprudencial observa-se a mesma orientação. Em um de seus julgados, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela ilegalidade da ruptura do contrato, sem justa causa, por ato unilateral da empresa prestadora de serviços médicos, sob o fundamento da aplicabilidade das normas protetivas do consumidor (arts. 51, IV, §1º e 54, §2º, ambos do CDC), vez que se tratava de contrato de trato sucessivo firmado antes da vigência da Lei 8.078/90, mas renovado sob sua égide.¹⁰⁸

Deve ser ressaltado também o julgado que, mesmo sem conhecer do recurso especial, não verificou a abusividade da cláusula contratual que autorizava, tanto o fornecedor quanto o consumidor, a rescindirem o contrato unilateralmente. Segundo o relator, ministro Massami Uyeda:

Na realidade, o Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor, o que, na espécie, incontroversamente, não se verificou.¹⁰⁹

¹⁰⁷ NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, jul./set., 2005, p. 172.

¹⁰⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 193.584/RJ. Ementa: Contrato de prestação de serviços médicos. Execução continuada. Renovação na vigência do CDC. Aplicabilidade. Princípio da irretroatividade das leis. Violação. Não ocorrência. I - Tendo sido o contrato renovado sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, embora o pacto inicial tenha ocorrido em 1985, não há como afastar a incidência das disposições nele previstas. II - Recurso especial não conhecido. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 29 mar. 2005. DJ de 18/04/05. Ainda sobre as contratações anteriores à vigência do CDC, registrem-se: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. nº 735.168/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 11 mar. 2008. DJ de 26/03/08. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no REsp. nº 1.011.331/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 11 ago. 2008. DJ de 03/09/08.

¹⁰⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp. nº 889.406/RJ. Ementa: Recurso Especial - Seguro de assistência à saúde de contratação coletiva - Pactuação anterior à vigência da lei nº 9.656/1998 - Aplicação, em princípio, afastada - Cláusula que prevê a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde coletivo, com prévia notificação - Legalidade - A vedação constante do artigo 13 da lei nº 9.656/1998 restringe-se aos planos ou seguros de saúde individuais ou familiares - Código de defesa do consumidor - Violação - Inocorrência - Direito de denúncia unilateral concedida a ambas as partes - recurso improvido. I - O contrato de assistência médico-hospitalar em tela, com prazo indeterminado, fora celebrado entre as partes em data anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.656 de 1998, o que, em princípio, afastaria sua incidência à

Ressalte-se, por fim, que o dispositivo do art. 13, par. único, II da Lei n.º 9.656/98, que permite a rescisão do contrato pelo fornecedor, nos casos de fraude ou quando o consumidor atrasar o pagamento da mensalidade do plano por mais de sessenta dias, consecutivos ou não, no período de um ano, é visto pela doutrina como violador dos princípios do novo direito contratual. Importa dizer que esta suspensão ou rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, não poderá acontecer durante a ocorrência de internação do consumidor (art. 13, par. único, III, da Lei 9.656/98).¹¹⁰

2.2 Cláusulas dos contratos firmados com instituições financeiras

Quanto à eventual abusividade das cláusulas constantes nos contratos firmados com instituições financeiras,¹¹¹ destacam-se a cláusula de fixação da taxa de juros remuneratórios, a cláusula de variação unilateral do percentual de juros nos contratos do Sistema Financeiro de Habitação, a cláusula de cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência, a cláusula que permite a emissão de nota promissória em favor do banco e a cláusula que impõe responsabilidade ao consumidor pelas compras realizadas com cartão de crédito furtado.

2.2.1 Cláusula de fixação da taxa de juros remuneratórios

Controvertida e muito discutida no direito brasileiro era a questão referente

espécie; II - O pacto sob exame refere-se exclusivamente a plano ou seguro de assistência à saúde de contratação coletiva, enquanto que o artigo 13, parágrafo único, II, "b", aponta a nulidade da denúncia unilateral nos planos ou seguros individuais ou familiares; III - O Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor, o que, na espécie, incontroversamente, não se verificou; IV - Recurso especial não conhecido. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, DF, 20 nov. 2007. DJ de 17/03/07.

¹¹⁰ NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, jul./set., 2005, p. 171.

¹¹¹ As palavras-chave utilizadas no site do STJ (www.stj.gov.br), como critério desta pesquisa jurisprudencial, foram: “boa-fé e CDC”, “equidade e CDC”, “51º e CDC e IV”, “abusiva e cláusula”, “íniqua e cláusula”, “exagerada e vantagem”, “desvantagem e exagerada”, “equilíbrio e contratual”, “onerosidade e excessiva CDC”, “instituição financeira CDC”.

à estipulação dos juros remuneratórios. Antes da revogação do artigo 192, § 3º da CF, por meio da E.C. 40, de 29.05.03, a cobrança acima do limite de 12% ao ano era considerada ilícita. Ocorre que, atualmente, esta regra limitativa não incide mais.¹¹²

A jurisprudência consolidada no STJ é no sentido de permitir juros variáveis. O simples fato de o contrato estipular taxa de juros remuneratórios acima de 12% ao ano não significa, por si só, vantagem exagerada. Esta deve estar evidenciada. A caracterização da abusividade deve ser analisada caso a caso. Não estando demonstrado o abuso, admite-se a taxa convencionada pelos litigantes.¹¹³ Mesmo não adstrita ao limite de 12% ao ano, a fixação dos juros deve ser feita segundo a média de mercado nas operações da espécie. Do voto do Min. Aldir Passarinho Junior, extrai-se a seguinte passagem:

¹¹² CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92-93. O autor adverte que: “as taxas de juros superiores a 12% ao ano, em cédulas e notas de crédito rural, industrial e comercial, são ilegais.” (CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 97.)

¹¹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 758.572/RS. Ementa: Agravo regimental em recurso especial - Ação monitória - Inépcia da petição recursal - Não configuração - Contratos bancários - Código de defesa do consumidor - Limitação dos juros remuneratórios - Inadmissibilidade na espécie - Comissão de permanência - Licitude na cobrança, desde que não cumulada com juros remuneratórios, correção monetária ou encargos da mora - Agravo regimental não provido. 1. Simples menção de feito diverso na petição recursal, por si só, não configura estarem dissociadas as razões do recurso, máxime, *in casu*, em que o REsp vinculou as alegações diretamente à fundamentação do acórdão recorrido. 2. A e. Segunda Seção deste Tribunal (REsp nºs 407.097-RS e 420.111-RS, Relator designado o Sr. Ministro Ari Pargendler), assentou aplicar-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, nos termos do que enuncia o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990. 3. O simples fato de o contrato estipular uma taxa de juros acima de 12% a.a. não significa, por si só, vantagem exagerada ou abusividade. Esta precisa ser evidenciada. Ora, não estando demonstrado, de modo cabal, o abuso que teria sido cometido pelo recorrente, é de se admitir a taxa convencionada pelos litigantes. [...] 7. Agravo regimental não provido. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1ª Região). Brasília, DF, 12 ago. 2008. DJ de 06/10/08. Exatamente nesse mesmo sentido, verificam-se os seguintes julgados: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 594.347/RS. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 01 abr. 2004. DJ de 24/05/04. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 595.645/RS. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 20 abr. 2004. DJ de 31/05/04. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 471.517/RS. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 04 mai. 2004. DJ de 01/07/04. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 619.481/RS. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 18 mai. 2004. DJ de 06/08/04. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 651.566/MS. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 16 set. 2004. DJ de 13/12/04. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 677.679/RS. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 13 dez. 2005. DJ de 03/04/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. REsp nº 541.153/RS. Relator: Min. César Asfor Rocha. Brasília, DF, 08 jun. 2005. DJ de 14/09/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 758.326/MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 03 ago. 2005. DJ de 18/09/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 894.385/RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 27 mar. 2007. DJ de 16/04/07. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AI nº 761.303/PR. Relator: Min. Paulo Furtado (desembargador convocado do TJ/BA). Brasília, DF, 23 jun. 2009. DJ de 04/08/09.

[...] ainda que aplicável a Lei n. 8.078/1990, a Segunda Seção desta Corte (REsp n. 407.097/RS), sedimentou o entendimento de que o pacto referente à taxa de juros só pode ser alterado se reconhecida sua abusividade em cada hipótese, desinfluyente para tal fim a estabilidade inflacionária no período, e imprestável o patamar de 12% ao ano, já que sequer a taxa média de mercado, **que não é potestativa**, se considera excessiva, para efeitos de validade da avença.¹¹⁴ [grifo do autor]

Sobre a caracterização da onerosidade excessiva, o aludido ministro esclarece que:

A suposta onerosidade excessiva, ressalta-se, somente pode ser demonstrada mediante prova técnica em que constem as taxas praticadas pelas diversas instituições financeiras que funcionavam na mesma praça ao tempo da pactuação, para que se possa constatar o pretenso desequilíbrio do percentual cobrado do agravante.¹¹⁵

Foi nesse sentido que se deu o julgamento do REsp n.º 1.061.530/RS, processado na forma de recurso repetitivo, nos termos da Lei n.º 11.672/08.¹¹⁶ Na oportunidade, discutiram-se, além dos juros remuneratórios, outros temas relacionados a contratos bancários e defesa do consumidor, tais como, juros moratórios, possibilidade de reconhecimento de ofício da nulidade de cláusulas abusivas e inscrição do nome do

¹¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no RESP n.º 899.287/RS. Ementa: Civil e processual. Agravos regimentais. Contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia. Limitação (12% a.a). Lei de usura (decreto n. 22.626/1933). Não incidência. Aplicação da lei n. 4.595/1964. Disciplinamento legislativo posterior. Súmula n. 596-STF. Inexistência de onerosidade excessiva. Abusividade. Aplicação do CDC. Matéria de direito. Encargos indevidamente cobrados. Descaracterização da mora. Temas pacificados. I. Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos bancários não previstos em leis especiais, sequer considerada excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ, posicionamento já informado no despacho agravado. II. Apesar de reconhecer a incidência do CDC ao contrato em questão, conforme a Súmula n. 297/STJ, tal reconhecimento não enseja a improcedência dos pedidos formulados pelo agravado na petição do recurso especial, uma vez que não verificada a onerosidade excessiva dos encargos, como querem os agravantes. III. A descaracterização da mora ocorre pela cobrança de encargos indevidos, como, no caso concreto, as tarifas de emissão de carnê, de abertura de crédito e a "bancária", entendimento amparado na jurisprudência pacificada na 2ª Seção do STJ, nos termos do EREsp n. 163.884/RS, Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, e REsp n. 713.329/RS, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito. IV. Agravos improvidos. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 1º mar. 2007. DJ de 07/05/07.

¹¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no RESP n.º 899.287/RS. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 1º mar. 2007. DJ de 07/05/07.

¹¹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. RESP n.º 1.061.530/RS. Ementa: Direito Processual Civil e Bancário. Recurso Especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Configuração da mora. Juros moratórios. Inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes. Disposições de ofício. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 22 out. 2008. DJ de 10/03/09.

consumidor em bancos de proteção ao crédito.¹¹⁷

Em detrimento do julgamento do referido recurso repetitivo, foram editadas as súmulas 379 a 382 do STJ. Interessa, nesse estudo, atentar para a redação da súmula 382, que consolidou a questão do abuso na fixação da taxa de juros remuneratórios. Assim, definiu-se que: “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.”¹¹⁸

2.2.2 Cláusula de variação unilateral do percentual de juros nos contratos do Sistema Financeiro de Habitação

Nos contratos do Sistema Financeiro de Habitação, configura-se abusiva a cláusula que permite variação unilateral do percentual de juros (art. 51, X do CDC), bem como a cobrança de taxa de juros em percentual que exceda ao limite máximo preconizado no contrato e na legislação vigente na data de sua assinatura. Desta forma, entende o Min. Teori Zavascki que:

Somente após a edição da Lei 8.692, de 28.07.1993, fixou-se a taxa de juros dos contratos habitacionais no máximo de 12% a.a. Assim, em relação aos contratos anteriores à sua entrada em vigor, é abusiva a cobrança de juros em percentual que exceda ao limite máximo na Lei 4.380/64.¹¹⁹

Nesse sentido é declarada a nulidade de pleno direito de convenções ilegais que impliquem excessiva onerosidade ao consumidor ou vantagem exagerada ao credor, conforme disposto no art. 51, IV, §1º do CDC.

¹¹⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.161.

¹¹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.162.

¹¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 638.782/PR Ementa: Administrativo. Sistema financeiro de habitação. Contrato para aquisição de imóvel residencial. Taxa de juros. Limites. 1. Configura-se abusiva a cobrança de taxa de juros em percentual que exceda ao limite máximo preconizado no contrato e na legislação vigente na data de sua assinatura 2. Recurso especial desprovido. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 24 ago. 2004. DJ de 06/09/04. Cumpre esclarecer que o art. 6º da citada Lei n.º 4.380/64 fixou taxa de juros em 10% a.a.

2.2.3 Cláusula de cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência

No que concerne à comissão de permanência, é pacífico no STJ a licitude de sua cobrança após o vencimento da avença em hipótese de inadimplemento do devedor, desde que não cumulada com a correção monetária (súmula 30 STJ), nem com juros remuneratórios, devendo o seu cálculo considerar a taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa estipulada no contrato (súmulas 294 e 296 do STJ).¹²⁰

Esta orientação foi reafirmada pela Segunda Seção do STJ, em recente julgamento processado na forma de recurso repetitivo. Assim, entendeu-se que a aferição da abusividade na cobrança da comissão de permanência deve ser feita pelo juiz, a partir da análise do caso concreto, verificando se a cláusula ajustada destoava da taxa média de mercado a ponto de causar um injusto e pesado ônus ao consumidor.¹²¹

¹²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 504.036/RS. Ementa: Contrato bancário. Taxa de juros remuneratórios. Comissão de permanência. Saque de letra de câmbio. – O simples fato de o contrato estipular a taxa de juros remuneratórios acima de 12% a.a. não significa, por si só, vantagem exagerada ou abusividade. Necessidade de que se evidencie, em cada caso, o abuso alegado por parte da instituição financeira. – “Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato” (Súmula n. 294-STJ). – É nula a cláusula inserta em contrato de abertura de crédito que autoriza o credor a sacar letra de câmbio contra o devedor, com base em saldo apurado de forma unilateral na sua conta-corrente. Incidência da Súmula n. 60-STJ. Recurso especial conhecido, em parte, e provido. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 19 mai. 2005. DJ de 27/06/05. Neste mesmo sentido, veja: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. AgRg no REsp nº 712.801/RS. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 27 abr. 2005. DJ de 04/05/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 682.727/RS. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 03 mar. 2005. DJ de 09/05/05. O já citado: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 758.572/RS. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1ª Região). Brasília, DF, 12 ago. 2008. DJ de 06/10/08. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no REsp nº 1.125.621/SC. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF, 19 mai. 2009. DJ de 03/06/09. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no REsp nº 1.139.801/SC. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF, 23 jun. 2009. DJ de 26/06/09.

¹²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. QO no REsp nº 1.063.343/RS. Ementa: Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. – É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 17 dez. 2008. DJ de 04/06/09. E nesse mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. REsp nº 1.058.114/RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 22 out. 2008. DJ de 24/10/08. A este respeito vide, ainda, o informativo 402 do STJ.

Em homenagem às súmulas desta Corte, é possível verificar o afastamento, de ofício, da cláusula abusiva de cobrança da comissão de permanência, com base no Art. 51, IV do CDC.¹²² Em que pese tal constatação, a declaração de ofício da nulidade de uma cláusula possui nova determinação, como se vê na redação da súmula 381 do STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”

2.2.4 *Cláusula que permite a emissão de nota promissória em branco a favor do banco*

Outro grupo de cláusulas identificadas pela jurisprudência como abusivas diz respeito à validade da nota promissória emitida em branco. Em um de seus votos o Min. Jorge Scartezzini destaca que:

[...] a orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco/embargado, caracteriza-se como abusiva, porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no art. 51, inciso IV do CODECON. Com efeito, não é dado ao credor preencher o título de crédito assinado em branco pelo devedor, de modo unilateral e a seu exclusivo talante. Destarte, verifico a correta incidência do verbete sumular nº 60 desta Corte no presente caso.¹²³

Ainda em consonância com o enunciado sumular n.º 60/STJ, é nula a

¹²² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no REsp nº 645.902/RS. Ementa: Agravo regimental. Contrato de financiamento. Exame de ofício. Art. 51, IV, CDC. Comissão de permanência. Limitação ao pacto. Honorários advocatícios. Fixação do valor em fase de liquidação. *Reformatio in pejus*. Impossibilidade. - A jurisprudência permite afastar, de ofício, as cláusulas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC, questão de ordem pública. - É lícito a cobrança de comissão de permanência no período da inadimplência, desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula 30), nem com juros remuneratórios, calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (Súmulas 294 e 296). - A redistribuição da verba honorária reserva-se à liquidação da sentença, limitada a condenação ao quantum fixado pelo acórdão recorrido, em atenção ao princípio da *reformatio in pejus*. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 28 set. 2004. DJ de 01/02/05.

¹²³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no AI nº 511.675/DF. Ementa: Processo civil - Agravo de instrumento - Negativa de provimento - Agravo regimental - Contrato bancário - Nota promissória - Emissão em branco - Violação ao art. 51, IV, CDC - Súmula 60/STJ - Letra de câmbio - Saque - Nulidade - Desprovimento. 1 - No que diz respeito à validade da nota promissória emitida em branco, a orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco/embargado, caracteriza-se como abusiva, porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor. Precedente (REsp 511.450/RS). 2 - Igualmente, é nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, título de crédito representativo de qualquer quantia em atraso. Isto porque tal cláusula não se coaduna com o contrato de mandato, que pressupõe a inexistência de conflitos entre mandante e mandatário. Precedentes (REsp 504.036/RS e AgRg Ag 562.705/RS). 3 - Agravo regimental desprovido. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 23 ago. 2005. DJ de 17/10/05.

cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, título de crédito representativo de qualquer quantia em atraso.¹²⁴

2.2.5 Cláusula que responsabiliza o consumidor em caso de cartão de crédito furtado

O art. 51, IV do CDC também teve aplicação expressa na análise da cláusula contratual que impõe ao consumidor a responsabilidade absoluta por despesas realizadas com o cartão de crédito até o momento (a data e hora) da comunicação do furto.

De acordo com o Min. Humberto Gomes de Barros:

Tais avenças de adesão colocam o consumidor em desvantagem exagerada e militam contra a boa-fé e a equidade, pois as administradoras e os vendedores têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões.¹²⁵

2.3 Cláusulas dos contratos firmados com instituições de ensino: mensalidade escolar

Com base no art. 51, IV e X do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência do STJ afirma ser abusiva a cláusula contratual que prevê o pagamento integral da semestralidade, independentemente do número de disciplinas que o aluno irá cursar.¹²⁶ Isso

¹²⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AI nº 562.705/RS. Ementa: agravo regimental. Ausência de argumento novo capaz de infirmar a decisão agravada. Agravo de instrumento decidido em conformidade com a reiterada jurisprudência do STJ. Contrato bancário. Letra de câmbio. Saque do título. Súmula 60/STJ. - Ausência de argumentos novos no recurso atual capazes de infirmar a decisão agravada, que tem como fundamento a jurisprudência do STJ. - As letras de câmbio emitidas com base em contrato de adesão e aceitas por terceiro, no exclusivo interesse da estipulante, padecem de nulidade. Incide a Súmula 60 (REsp 138528/Sálvio e RESP 141941/Pargendler). - É nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar letra de câmbio representativa de qualquer quantia em atraso. (REsp 95.625/Zveiter e REsp 243.765/Direito). Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 20 set. 2004. DJ de 18/10/04. Ainda nesse sentido, cite-se: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no RESP nº 808.603/RS. Relator: Min. Jorge Scartezini. Brasília, DF, 04 mai. 2006. DJ de 29/05/06.

¹²⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 348.343/SP. Ementa: Consumidor - Cartão de crédito - Furto - Responsabilidade pelo uso - Cláusula que impõe a comunicação - Nulidade - CDC/art. 51, IV. - São nulas as cláusulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito furtado até o momento (data e hora) da comunicação do furto. Tais avenças de adesão colocam o consumidor em desvantagem exagerada e militam contra a boa-fé e a equidade, pois as administradoras e os vendedores têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 14 fev. 2006. DJ de 26/06/06.

¹²⁶ As palavras-chave utilizadas no site do STJ (www.stj.gov.br), como critério desta pesquisa jurisprudencial, foram: “boa-fé e CDC”, “equidade e CDC”, “51º e CDC e IV”, “abusiva e cláusula”, “íniqua e cláusula”,

porque a contraprestação paga pelo aluno deve corresponder aos serviços efetivamente prestados, sob pena de desvantagem excessiva ao consumidor e enriquecimento sem causa da instituição de ensino.¹²⁷ Da mesma forma, se faz abusiva a cláusula que dispõe sobre o pagamento da mensalidade integral sem relação com o número de matérias a serem cursadas.¹²⁸

Muito embora as instituições prestadoras de serviços educacionais fundamentem a exigência do pagamento integral no art. 1º da Lei n.º 9.870/99¹²⁹ e aleguem ter autonomia para fixar o valor das mensalidades, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que o valor deve ser cobrado por disciplina, ou seja, pelo serviço prestado. A cobrança de um serviço não prestado caracteriza abusividade. Assim, conclui o Min. Humberto Gomes de Barros:

Logo, na hipótese, o serviço educacional deve ser cobrado no sistema de créditos por disciplina, ou seja, o pagamento deve estar vinculado às disciplinas cursadas pelo aluno, escolhidas na grade curricular oferecida, para que o consumidor tenha condições de escolher as disciplinas de acordo com a sua **disponibilidade financeira e temporal**.¹³⁰ [grifo nosso]

“exagerada e vantagem”, “desvantagem e exagerada”, “equilíbrio e contratual”, “onerosidade e excessiva CDC”, “escolar CDC”, “mensalidade escolar”, “serviços escolares e abusivo”.

¹²⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Ag no AI nº 774.257/MG. Ementa: Agravo regimental. Agravo de instrumento. Instituição de ensino. Mensalidade escolar. Cobrança integral. Descabimento. Precedentes. Honorários advocatícios. Sucumbência mínima. Súmula 7. - É abusiva a cláusula contratual que prevê o pagamento integral da semestralidade, independentemente do número de disciplinas que o aluno irá cursar no período, pois consiste em contraprestação sem relação com os serviços educacionais efetivamente prestados. - Verificar se o agravante decaiu ou não de parte mínima do pedido esbarra na Súmula 7. - "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 19 set. 2006. DJ de 16/10/06.

¹²⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Ag no AI nº 745.883/MG. Ementa: Agravo regimental. Ausência de argumentos capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada. Inteligência da súmula 283/STF. Mensalidade escolar. Pagamento integral. Abusividade. 1. Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada. 2. É inadmissível o recurso especial, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. 3. É abusiva a cláusula que dispõe sobre o pagamento integral da mensalidade, independentemente de disciplinas que o aluno irá cursar. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 09 mai. 2006. DJ de 29/05/06. Nesse mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 621.696/MG. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 16 jun. 2005. DJ de 19/09/05.

¹²⁹ Art. 1º da Lei 9.870/99: “O valor das anuidades ou das semestralidades escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio e superior, será contratado, nos termos desta Lei, no ato da matrícula ou da sua renovação, entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável.”

¹³⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Ag no AI nº 774.257/MG. Ementa: Agravo regimental.

Não bastasse a certeza de que os contratos de prestação de serviços educacionais são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor,¹³¹ verifica-se, por ora, que esta Egrégia Corte, especialmente a Terceira Turma, é firme e unânime quanto à rejeição de cobranças por serviços de ensino não prestados, de acordo com o art. 51, IV do CDC.¹³²

Outra questão posta em sede de recurso ao STJ consiste em aferir se é possível a limitação da multa moratória incidente sobre mensalidades escolares em 2%, com base no §1º do art. 52 do CDC. Conforme revelam as decisões, é cabível a utilização do percentual de 2% para estabelecer o necessário equilíbrio nos contratos de consumo. A fixação de multa moratória superior a este percentual caracteriza abuso e enseja a nulidade da cláusula, com fundamento nos arts. 6º, V e 51, IV e XV, ambos do CDC.¹³³

Segundo a Min. Nancy Andrighi, a multa moratória nos contratos de prestação de serviço educacional tem a função específica de compelir o aluno ao pagamento das prestações pecuniárias, motivo pelo qual pode vir a ser considerada abusiva a estipulação de valor que se afaste dessa função e venha a ter natureza remuneratória indevida, carente de

Agravo de instrumento. Instituição de ensino. Mensalidade escolar. Cobrança integral. Descabimento. Precedentes. Honorários advocatícios. Sucumbência mínima. Súmula 7. - É abusiva a cláusula contratual que prevê o pagamento integral da semestralidade, independentemente do número de disciplinas que o aluno irá cursar no período, pois consiste em contraprestação sem relação com os serviços educacionais efetivamente prestados. - Verificar se o agravante decaiu ou não de parte mínima do pedido esbarra na Súmula 7. - "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 19 set. 2006. DJ de 16/10/06.

¹³¹ TESSLER, Marga Inge Barth. A responsabilidade da instituição e sua direção na prestação do ensino. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários**. Brasília: CJF, v. 08, n. 26, jul./set., 2004, p. 19.

¹³² Esse é posicionamento que se verifica mesmo nos julgados mais antigos. Ilustrativamente, cite-se: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 72.703/SP. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, DF, 21 nov. 1997. DJ de 19/12/97.

¹³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 476.649/SP. Ementa: Consumidor. Contrato de prestações de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. Art. 52, § 1º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática e teleológica. Equidade. Função social do contrato. - É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1º do art. 52, § 1º, do CDC. Recurso especial não conhecido. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 20 nov. 2003. DJ de 25/02/04. Neste mesmo sentido, veja: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AI nº 572.088/SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 09 mai. 2006. DJ de 29/05/06.

razoabilidade.¹³⁴

2.4 Cláusulas dos contratos de incorporação imobiliária

Baseado no art. 51, IV do CDC, o STJ tem reduzido a cláusula penal compensatória inserida nos contratos de incorporação imobiliária, ou seja, nos contratos de compra e venda de imóvel ainda em construção.¹³⁵

A jurisprudência do Tribunal admite a possibilidade de rescisão do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel.¹³⁶ O desfazimento do negócio dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas porém, não em sua integralidade, o que implica no pagamento da cláusula de decaimento. Esta cláusula prevê a perda total ou substancial das prestações já adimplidas. A discussão concentra-se, portanto, na fixação de um valor razoável a ser retido pela empresa

¹³⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 476.649/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 20 nov. 2003. DJ de 25/02/04.

¹³⁵ As palavras-chave utilizadas no site do STJ (www.stj.gov.br), como critério desta pesquisa jurisprudencial, foram: “boa-fé e CDC”, “equidade e CDC”, “51º e CDC e IV”, “abusiva e cláusula”, “íniqua e cláusula”, “exagerada e vantagem”, “desvantagem e exagerada”, “equilíbrio e contratual”, “onerosidade e excessiva CDC”, “incorporação imobiliária”, “cláusula penal compensatória”, “cláusula de decaimento”, “imobiliário e decaimento”, “compromisso de compra e venda e CDC”, “compra e venda e imóvel CDC”.

¹³⁶ Desde 2002, a partir do julgamento do EREsp. nº 59.870/SP, de relatoria do Min. Barros Monteiro, DJ de 09/12/02, o entendimento consolidado é no sentido de admitir a possibilidade de rescisão do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa promitente vendedora do imóvel. A este exemplo verificam-se os julgados: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 332.947/MG. Ementa: Civil. Promessa de compra e venda. Desistência. Ação pretendendo a rescisão e a restituição das importâncias pagas. Retenção de 25% em favor da vendedora, como ressarcimento de despesas. Código de defesa do consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código civil, art. 924. I. AC. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de rescisão do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel (EREsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2002, p. 281). II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção fixado para 25%. Precedentes do STJ. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 24 out. 2006. DJ de 11/12/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 397.821/SP. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 18 set. 2007. DJ de 08/10/07. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 508.053/MG. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 10 fev. 2004. DJ de 15/03/04. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 723.034/MG. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 09 mai. 2006. DJ de 12/06/06.

vendedora.

A estipulação da cláusula penal compensatória pretende sancionar o consumidor inadimplente, compensando as inevitáveis despesas da incorporadora com a administração da obra. Este valor, no entanto, deve ser ponderável posto que a empresa retomará o bem e, posteriormente, celebrará outro negócio jurídico com aquela unidade objeto do contrato desfeito, se restituindo, portanto, do que despendeu. Com isso evita-se o locupletamento indevido da empresa vendedora.¹³⁷

Considerando o exposto nos arts. 53 do CDC e 413 do CC, os princípios da equidade, da boa-fé (art. 51, IV do CDC) e da vedação ao enriquecimento ilícito do promitente vendedor, o STJ tem arbitrado o valor da multa em percentual de até 10% sobre o montante efetivamente pago.¹³⁸

Nota-se que, conforme as peculiaridades de cada caso, o percentual pode ser reduzido ou aumentado até 25% dos valores pagos. Em algumas situações mais recentes, foi definido como razoável um percentual de retenção de 25% das quantias pagas para o ressarcimento das despesas administrativas e operacionais da empresa vendedora, tais como: propaganda, corretagem, depreciação imobiliária, desgaste pelo uso, impostos, recolocação no

¹³⁷ RÊGO, Werson. **O código de proteção e defesa do consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 120.

¹³⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Ag no AI nº 660.801/RS. Ementa: Processo civil - Agravo regimental - Contrato - Compra e venda de imóvel - Rescisão - Devolução das parcelas pagas - Cláusula penal compensatória - Redução a patamar justo - Artigos 920 e 924, do código civil de 1916 - possibilidade - Desprovemento. 1 - A jurisprudência das duas Turmas que compõem a Segunda Seção, desta Corte, é firme no sentido da possibilidade de redução da cláusula penal no contrato de compra e venda, quando verificado, no caso concreto, que o valor avençado acarreta excessiva onerosidade do promissário-comprador e o enriquecimento sem causa do promitente-vendedor. Precedentes (REsp nºs 134.636/DF, 330.017/SP, 292.942/MG e 158.193/AM). 2 - Agravo Regimental desprovido. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 17 mai. 2005. DJ de 01/08/05. Nesta mesma linha, registre-se: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 633.793/SC. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 jun. 2005. DJ de 27/06/05.

mercado, entre outros.¹³⁹

Ainda sobre a abusividade nos contratos de incorporação imobiliária, é nula a cláusula que, pretendendo cumprir o ressarcimento das prestações já pagas, dispõe que a devolução dos referidos valores se dará por meio de cartas de crédito vinculadas à aquisição de um outro imóvel da mesma construtora. De acordo com o Min. Hélio Barbosa:

Ainda que por meio de uma interpretação absolutamente literal, em que se argumente não se tratar, expressamente, de cláusula de decaimento, não se pode negar que o efeito concreto de tal regra implica em verdadeira obliteração da liberdade de atuação de uma das partes, na medida em que direciona sua “vontade” para um único caminho: a compra de outro imóvel da empresa construtora. Daí, porque, correta a manifestação do Tribunal *a quo*, ao declarar a nulidade da referida disposição.¹⁴⁰

¹³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 508.053/MG. Ementa: Civil. Promessa de compra e venda. Desistência. Ação pretendendo a rescisão e restituição das importâncias pagas. Retenção de 25% em favor da vendedora, como ressarcimento de despesas. Código de defesa do consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código civil, art. 924. I. A c. 2ª. Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel (EResp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJU de 09.12.02). II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção fixado em 25%. Precedentes do STJ. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 10 fev. 2004. DJ de 15/03/04. Com a mesma orientação, citem-se: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Ag no AI nº 650.401/MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 02 jun. 2006. DJ de 01/07/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. RESP nº 723.034/MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 09 mai. 2006. DJ de 12/06/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 712.408/MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 06 dez. 2007. DJ de 24/03/08. E os já citados: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 508.053/MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 10 fev. 2004. DJ de 15/03/04. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 723.034/MG. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 09 mai. 2006. DJ de 12/06/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 332.947/MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, DF, 24 out. 2006. DJ de 11/12/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 397.821/SP. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 18 set. 2007. DJ de 08/10/07.

¹⁴⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 437.607/PR. Ementa: Recurso especial. Código de defesa do consumidor. Compra e venda de imóvel. Distrato. Devolução dos valores na forma de carta de crédito. Utilização para a aquisição de outro imóvel na mesma construtora. Art. 53, *caput*, c/c art. 51, II, do CDC. Recurso não conhecido. 1. A análise da abusividade da cláusula de decaimento “é feita tanto frente ao direito tradicional e suas noções de abuso de direito e enriquecimento ilícito, quanto frente ao direito atual, posterior à entrada em vigor do CDC, tendo em vista a natureza especial dos contratos perante os consumidores e a imposição de um novo paradigma de boa-fé objetiva, equidade contratual e proibição da vantagem excessiva nos contratos de consumo (art. 51, IV) e a expressa proibição de tal tipo de cláusula no art. 53 do CDC”. 2. Ao dispor o contrato que a devolução dos referidos valores ao adquirente se daria por meio de duas cartas de crédito, vinculadas à aquisição de um outro imóvel da mesma construtora, isso significa, efetivamente, que não haverá devolução alguma, permanecendo o consumidor-adquirente submetido à construtora, visto que, o único caminho para não perder as prestações já pagas, será o de adquirir uma outra unidade imobiliária da recorrente. 3. Recurso especial não conhecido. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 15 mai. 2007. DJ de 04/06/07.

Na hipótese em exame, não há devolução alguma posto que o consumidor continua submetido à construtora e tem sua vontade rechaçada. Segundo o ministro, a análise da cláusula de decaimento é feita à luz de um novo paradigma de boa-fé objetiva, equidade contratual e proibição de vantagem excessiva nos contratos de consumo.

2.5 Cláusulas de eleição de foro

Acerca das cláusulas de eleição de foro em contrato de consumo,¹⁴¹ o posicionamento assumido pelo STJ é pela invalidação destas imposições, a medida em que colocam o consumidor em desvantagem exagerada e praticamente inviabilizam seu direito de defesa (art. 6º, VIII do CDC).¹⁴²

A eleição de foro diverso do domicílio do réu, prevista em contrato de adesão, não deve prevalecer quando acarreta desequilíbrio contratual, dificultando a própria defesa do consumidor. Trata-se de incompetência absoluta, podendo ser declinada de ofício

¹⁴¹ As palavras-chave utilizadas no site do STJ (www.stj.gov.br), como critério desta pesquisa jurisprudencial, foram: “boa-fé e CDC”, “equidade e CDC”, “51º e CDC e IV”, “abusiva e cláusula”, “íniqua e cláusula”, “exagerada e vantagem”, “desvantagem e exagerada”, “equilíbrio e contratual”, “onerosidade e excessiva CDC”, “foro de eleição CDC”.

¹⁴² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no AI nº 495.742/DF. Ementa: Agravo regimental. Competência. Cláusula de eleição de foro. Sistema financeiro de habitação. Incidência do código de defesa do consumidor. – O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos submetidos às regras do Sistema Financeiro de Habitação, e, dessa forma, o Juiz pode declinar, de ofício, a competência, visando à proteção do consumidor, quando a cláusula de eleição de foro vier a prejudicá-lo. Agravo regimental improvido. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 29 jun. 2004. DJ de 04/10/04. Nesse mesmo sentido, citem-se: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 121.796/MG. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 17 fev. 2004. DJ de 15/03/04. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 571.649/PR. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 14 set. 2004. DJ de 27/09/04. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AI nº 547.829/DF. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 01 abr. 2004. DJ de 26/04/04. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. CC nº 48.097/RJ. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 13 abril. 2005. DJ de 04/05/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no AI nº 608.608/PR. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 28 jun. 2005. DJ de 03/10/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 722.437/ES. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 15 mar. 2005. DJ de 09/05/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 699.990/CE. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 17 ago. 2006. DJ de 11/09/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no REsp nº 821.935/SE. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 29 jun. 2006. DJ de 21/08/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. CC nº 38.152/RJ. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, 22 mar. 2006. DJ de 15/05/06. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. CC nº 42.591/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 10 out. 2007. DJ de 22/10/07. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no AI nº 723.943/MG. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região). Brasília, DF, 09 set. 2008. DJ de 22/09/08.

pelo juiz.¹⁴³

A propósito, ressalta-se o seguinte trecho do voto do Min. Fernando Gonçalves:

[...] a jurisprudência recente desta Corte é no sentido de que, em se tratando de relação de consumo e tendo em vista o princípio da facilitação de defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo a incompetência, no caso absoluta, ser declarada **ex officio**.¹⁴⁴
[grifo do autor]

Todavia, ausente a demonstração da onerosidade excessiva acarretada em detrimento da eleição do foro, a Corte entende pela competência do juízo firmado entre os contratantes, independentemente da relação de consumo existente. Como se observa, o pressuposto conducente para a nulidade da cláusula acordada é a excessividade do ônus capaz de levar a parte a uma desvantagem exagerada. Não havendo tal evidência, o Min. Castro Filho entende pelo afastamento do art. 51, IV, §1º do CDC, declarando que:

[...] deve prevalecer o princípio da autonomia da vontade, manifestada

¹⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AI nº 455.965/MG. Ementa: Competência. Foro de eleição. Contrato de adesão. Código de Defesa do Consumidor. I. - A eleição de foro diverso do domicílio do réu, previsto em contrato de adesão, não deve prevalecer quando acarreta desequilíbrio contratual, dificultando a própria defesa do devedor. No caso, trata-se de incompetência absoluta, podendo ser declarada de ofício. Precedentes da Corte. II. - Recurso especial a que se nega seguimento. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 24 ago. 2004. DJ de 11/10/04. Nesse mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. CC nº 48.647/RS. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 23 nov. 2005. DJ de 05/12/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no AI nº 644.513/RS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 24 ago. 2006. DJ de 11/09/06. Cláudia Lima Marques ensina que o juiz poderá decretar de ofício a nulidade da cláusula, pois as normas de proteção do consumidor são de ordem pública e a nulidade prevista na lista do art. 51 é uma nulidade cominada, absoluta, o que afasta o problema processual da competência relativa (Súmula 33 do STJ). (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1030)

¹⁴⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. CC nº 48.647/RS. Ementa: Conflito de competência. Civil. Carta precatória. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Cláusula de eleição de foro. Abusividade. Incidência do código de defesa do consumidor. Competência absoluta. Reconhecimento de ofício. Precedentes. 1. Em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o princípio da facilitação de defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo o juiz reconhecer a sua incompetência *ex officio*. 2. Pode o juiz deprecado, sendo absolutamente competente para o conhecimento e julgamento da causa, recusar o cumprimento de carta precatória em defesa de sua própria competência. 3. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Vara Cível de Cruz Alta - RS, o suscitante. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 23 nov. 2005. DJ de 05/12/05.

quando da estipulação do acordo, eis que ausente qualquer indicação de circunstância que iniba a adquirente de exercitar sua defesa no foro eleito.¹⁴⁵

Destaca-se que, muito embora as decisões nem sempre refiram-se expressamente ao CDC (arts. 51 e 101), elas fazem menção à idéia de onerosidade excessiva e desvantagem exagerada. O STJ, em regra, afasta as cláusulas de eleição de foro com base no Código de Processo Civil (arts. 100, IV e 253). A explicação desta hesitação na utilização das normas da Lei n.º 8.078/90, segundo Cláudia Lima Marques, estaria no fato de a lista do art. 51 não conter norma expressa a esse respeito. Ressalta-se, contudo, que este elenco tem caráter apenas exemplificativo, como demonstra seu *caput* na expressão “entre outras”.¹⁴⁶

2.6 Dos deveres anexos

Como afirmado anteriormente, a boa-fé objetiva tem verdadeira força jurídica e cria deveres aos futuros contratantes a fim de se evitar o desequilíbrio contratual e possível vício de consentimento.¹⁴⁷

Embora não estejam calcados em atividades contratuais específicas, cumpre mencionar o destaque dado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o cumprimento de alguns deveres anexos. Dentre eles, os deveres de informação, cooperação e cuidado são os mais citados pela jurisprudência, que reconhece a responsabilidade do fornecedor por danos

¹⁴⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. CC nº 40.450/SP. Ementa: Conflito de competência. Foro de eleição em contrato. Pelo Código de Defesa do Consumidor, o que afasta a eficácia de cláusula pactuada, caracterizando-a como abusiva e tornando-a nula de pleno direito, é a excessividade do ônus que acarreta. Ausente a demonstração da excessividade onerosa ao adquirente de equipamento médico de vultoso valor, capaz de conduzi-lo a desvantagem exagerada, mantida há de ser a cláusula acordada. Competência do juízo do foro de eleição, ficando prejudicado o agravo, por perda do objeto. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, DF, 26 mai. 2004. DJ de 14/06/04. Neste mesmo sentido, veja também: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. CC nº 39.365/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 26 fev. 2004. DJ de 15/03/04.

¹⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1025.

¹⁴⁷ TADEU, Silney Alves. O dever de informar: considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 58, abr./jun., 2006, p. 266.

advindos ao consumidor, em razão do descumprimento de um, ou todos eles.¹⁴⁸

Pautada no dever do fornecedor de informar, o Tribunal, na ação civil pública proposta pelo MPDFT, condenou empresa concessionária de telefonia celular ao fornecimento de fatura discriminada dos serviços prestados, além da devolução, em dobro, dos valores cobrados pelo detalhamento da conta telefônica.¹⁴⁹

Com o mesmo fundamento e invocando os princípios da transparência e da confiança, esta Corte denegou o mandado de segurança preventivo impetrado pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, diante do justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios. A decisão observou o descumprimento do fornecedor quanto ao dever de advertir sobre os riscos que o glúten apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores, os portadores de doença celíaca.¹⁵⁰

Outro julgado apreciado neste estudo invoca os princípios da boa-fé e da confiança, balizadores do dever de cooperação, na proteção das expectativas do consumidor

¹⁴⁸ As palavras-chave utilizadas no site do STJ (www.stj.gov.br), como critério desta pesquisa jurisprudencial, foram: “boa-fé e CDC”, “equidade e CDC”, “51º e CDC e IV”, “abusiva e cláusula”, “íniqua e cláusula”, “exagerada e vantagem”, “desvantagem e exagerada”, “equilíbrio e contratual”, “onerosidade e excessiva CDC”, “deveres anexos”, “dever de informar”, “dever de prestação”, “dever de cuidado”.

¹⁴⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 684.712/DF. Ementa: Processual civil e direito do consumidor. Recurso especial. Ação civil pública. Violação do art. 535, II, do CPC, não-configurada. Legitimidade do ministério público para a tutela de direitos individuais homogêneos. Legitimidade passiva *ad causam* da concessionária do serviço de telefonia celular. Direito à informação. Fornecimento de fatura detalhada. Impossibilidade de cobrança. Exegese do art. 3º da lei nº 7.347/85. Obrigações de fazer, de não fazer e de pagar quantia. Possibilidade de cumulação de pedidos. Precedentes[...]. Relator: Jorge Delgado. Brasília, DF, 07 nov. 2006. DJ de 23/11/06.

¹⁵⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 586.316/MG. Ementa: Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de aplicação da lei do glúten (lei 8.543/92 ab-rogada pela lei 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do código de defesa do consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança. [...] Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 17 abr. 2007. DJ de 13/03/09. Esclarece o Min. Herman Benjamin, que: “No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança.”

quando da celebração de um contrato de seguro de vida, no qual a empresa, após o falecimento da segurada, se recusava a pagar a quantia acordada. Sobre esta questão, vale ressaltar o ensinamento da Ministra Nancy Andrighi que na análise do recurso especial discorreu sobre a importância do instituto da boa-fé:¹⁵¹

Importante para o deslinde da questão, ainda esmiuçando o princípio da boa-fé aplicado aos contratos, anotar que a adoção deste preceito implica, para **ambas as partes**, no surgimento de deveres anexos ao contrato e que devem ser aplicados durante toda a relação contratual, e até mesmo após o término desta.¹⁵² [grifo nosso]

Como se vê, ante uma relação de consumo parte-se do pressuposto que as partes, durante o curso do contrato, ajam com lealdade. Ressalte-se que este comportamento não fica adstrito à conclusão e execução do contrato, mas também norteia a fase das negociações prévias, das tratativas.¹⁵³

¹⁵¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 590.336/SC. Ementa: Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança. Denúnciação da lide. Fundamentos inatacados. Direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. Valor da indenização a título de danos morais. Ausência de exagero. Litigância de má-fé. Reexame de provas. - Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo.- A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, responde pelo pagamento da quantia acordada para a hipótese de falecimento do segurado se criou, no segurado e nos beneficiários do seguro, a legítima expectativa de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento. - A vedação de denúnciação da lide subsiste perante a ausência de impugnação à fundamentação do acórdão recorrido e os direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. - Observados, na espécie, os fatos do processo e a finalidade pedagógica da indenização por danos morais (de maneira a impedir a reiteração de prática de ato socialmente reprovável), não se mostra elevado o valor fixado na origem. - O afastamento da aplicação da pena por litigância de má-fé necessitaria de revolvimento do conteúdo fático-probatório do processo. Recurso especial não conhecido. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 dez. 2004. DJ de 21/02/05.

¹⁵² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 590.336/SC. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 dez. 2004. DJ de 21/02/05. Nesse mesmo sentido, registre-se: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 595.631/SC. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 08 jun. 2004. DJ de 02/08/04.

¹⁵³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA, v. 5, jan./mar., 2001, p.90.

3 ANÁLISE CRÍTICA

O Código de Defesa do Consumidor trouxe, como grande contribuição à exegese das relações contratuais de consumo, a posituação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III, e como cláusula geral, em seu art. 51, IV.¹⁵⁴

Alvo do presente trabalho, mister frisar que o inciso IV do art. 51 da Lei n.º 8.078/90, que constitui a chamada cláusula geral da boa-fé, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, inclusive daqueles já previstos no rol exemplificativo do mesmo artigo. Nesta linha, as expressões utilizadas em sua redação, tais como boa-fé e equidade, são amplas e vagas por natureza, o que permite larga margem de ação ao juiz. Segundo a doutrina, cabe ao Poder Judiciário, portanto, concretizar, através desta norma geral escondida no inciso IV do referido artigo, a almejada justiça e equilíbrio contratual.¹⁵⁵

Diante da abrangência normativa, buscou-se demonstrar qual a orientação jurisprudencial seguida nos últimos cinco anos pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo a concluir se a Egrégia Corte tem aplicado com excelência, aos casos concretos, a técnica da cláusula geral do art. 51, IV do CDC; se as decisões deste Tribunal se coadunam com o entendimento doutrinário acerca da cláusula geral da boa-fé; se o controle judiciário sobre os

¹⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., ano 47, n. 268, fev., 2000, p. 48-49.

¹⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.631.

contratos de consumo tem utilizado a *ratio* deste dispositivo.

Sobre os contratos de saúde, alguns apontamentos devem ser feitos. Quanto à carência nos planos de saúde, a melhor doutrina é observada pela jurisprudência. Em que pese a posição de alguns doutrinadores que consideram a carência por si só abusiva, ao entenderem que sua imposição implica o pagamento de parcelas por um serviço ainda não prestado,¹⁵⁶ a corrente majoritária admite o estabelecimento deste período, desde que razoável e dentro dos limites do art. 12, V, da Lei n.º 9.656/98.¹⁵⁷

Para a validade da exclusão do atendimento de certas doenças ou lesões preexistentes, é necessária uma criteriosa avaliação do estado de saúde dos adquirentes do plano de saúde, a partir da realização de exames e com acompanhamento médico da própria prestadora de serviços, o que não é uma prática usual, justificada por se tratar de procedimento de custo elevado e inviável.¹⁵⁸

No tocante às demais cláusulas, tais como as de exclusão de determinados tratamentos, de limitação temporal da internação, bem como de seu custeio, e de suspensão ou rescisão unilateral do contrato, a orientação do STJ é pela nulidade de pleno direito daquelas que impõem ao consumidor uma desvantagem exagerada (art. 51, §1º do CDC) e contrariam a natureza do contrato. Fora deste rol estão as cláusulas de exclusão de transplante de órgãos vez que, se assim previstas no contrato, não são consideradas abusivas.

Em matéria de plano de saúde, as decisões judiciais têm sido favoráveis aos

¹⁵⁶ CARDOSO, Antônio Pessoa. Carência nos planos de saúde. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, ano 10, v. 10, n. 230. ago., 2006, p. 53.

¹⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. LOPES; José Reinaldo de Lima. PFEIFFER; Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94.

¹⁵⁸ CORRÊA FILHO, Luiz Araújo Torre. **Planos de saúde e suas cláusulas abusivas**. São Paulo: RCN, 2004, p.25.

consumidores. A fixação de uma jurisprudência protetiva determina, em regra, a nulidade das cláusulas consideradas abusivas sem, contudo, invalidar o contrato (art.51, §2º do CDC).

Em verdade, os acórdãos analisados utilizam fundamentos diversos para o provimento favorável ao consumidor. Enquanto uns tomam por base o dispositivo do art. 51, IV e § 1º, I, II e III, outros exaltam as normas dos arts. 6º, III, IV e V, 39, V, 46 e 47, bem como os arts. 51, XV, e 54, § 3º e § 4º, todos do CDC. Há ainda os que simplesmente sustentam violação aos princípios da boa-fé objetiva, da transparência e da lealdade, sem fazer menção direta ao dispositivo legal correspondente. Não obstante as diferentes razões argüidas verifica-se, de uma maneira ou de outra, o afastamento de cláusulas ofensivas à boa-fé, o que revela a sabedoria da mais recente linha jurisprudencial.

Quanto às relações jurídicas estabelecidas entre bancos e consumidores, não há menor dúvida sobre a aplicabilidade do CDC (súmula 297 do STJ). Em face da vulnerabilidade do cliente, várias são as categorias de cláusula abusivas dentro do contrato firmado com instituição financeira, especialmente no que diz respeito aos procedimentos de cálculo de juros.¹⁵⁹ Para a doutrina, a falta de transparência destas relações é um dos motivos da decretação da abusividade de algumas cláusulas.¹⁶⁰ O presente trabalho, todavia, tratou de abordar apenas algumas linhas jurisprudenciais mais constantes no tocante à proposta da cláusula geral da boa-fé.

Como demonstrado em oportunidade anterior, o patamar máximo para a fixação das taxas de juros remuneratórios depende de uma análise do caso concreto com a

¹⁵⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 140-142.

¹⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1096-1097.

aplicação harmônica do CDC, especialmente no que dispõe o artigo 51, IV, §1º, III.¹⁶¹ O entendimento do STJ, recentemente sumulado no enunciado 382, reconhece a abusividade dos juros remuneratórios sempre que estes se mostram acima do valor de mercado, e não necessariamente quando extrapolam o limite de 12% ao ano.¹⁶²

Nessa linha, Márcio Mello Casado ressalta que o CDC não organiza o sistema financeiro nacional, sua aplicação se dá no momento em que os bancos e as instituições afins fornecem inadequadamente o produto crédito ou prestam serviços deficientes. Desta forma, ele limita o abuso, mas não diretamente os juros. Não cabe ao CDC mudar a forma de apuração de uma taxa de juros, mas cabe a ele intervir quando sua estipulação for além do razoável, por se tornar lesiva ao consumidor.¹⁶³

Consigne-se que, quanto às taxa de juros, muito embora o Egrégio Tribunal tenha conferido pouca menção ao art. 51, IV do CDC, as decisões proferidas utilizaram com frequência as expressões “vantagem exagerada” e “onerosidade excessiva”, demonstrando, de um modo ou de outro, a aplicação do referido dispositivo.¹⁶⁴

Ainda sobre os contratos firmados com instituições financeiras, observou-se desta Corte a admissão da cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência, desde que não cumuladas com a correção monetária, nem com os juros remuneratórios, afastando-se, desta forma, o *bis in idem* remuneratório.¹⁶⁵ Importante

¹⁶¹ CALADO, Vinícius de Negreiros. **Abusividade dos juros remuneratórios**. Disponível em: <[http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/5198/Abusividade dos Juros Remuneratorios](http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/5198/Abusividade%20dos%20Juros%20Remuneratorios)> Acesso em: 15 ago. 2009.

¹⁶² BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 162.

¹⁶³ CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 77.

¹⁶⁴ A título ilustrativo, verifica-se o já citado: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. RESP nº 677.679/RS. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 13 dez. 2005. DJ de 03/04/06.

¹⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1097.

constatar a utilização explícita do inciso IV, art 51 do CDC, pelo STJ, como fundamentação para a nulidade de estipulação contrária. Verifica-se aí a preocupação em se afastar o estabelecimento de cláusulas abusivas, iníquas e excessivamente onerosas ao consumidor.¹⁶⁶

De modo geral, o Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado, implícita ou explicitamente, o princípio da boa-fé objetiva nos contratos bancários. As cláusulas de emissão de nota promissória em branco a favor do banco, de permissão da variação unilateral do preço nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, de responsabilização do consumidor em caso de furto do cartão de crédito, entre outras, são vistas pela jurisprudência como atentatórias ao equilíbrio contratual e à boa-fé.

Cumpre mencionar que, muito embora o art. 6º, V da Lei n.º 8.078/90 autorize a modificação da cláusula eventualmente onerosa, a atuação jurisdicional é tímida em utilizar esta opção de alteração, especialmente quando se trata de cláusulas referentes a preço. Segundo Cláudia Lima Marques, em face da complexidade do tema, tem-se optado por solucionar a lide mediante a declaração da nulidade dessas disposições, sem tocar no verdadeiro problema do equilíbrio financeiro original do contrato.¹⁶⁷

Outro grupo de cláusulas ofensivas à boa-fé objetiva diz respeito aos contratos estabelecidos com as instituições de ensino. A cobrança integral da semestralidade, independente do número de disciplinas a ser cursado pelo aluno, assim como a fixação de multa moratória superior ao limite de 2% são consideradas abusivas, nos termos dos arts. 6º, V e 51, IV e XV da Lei n.º 8.078/90. Como não poderia deixar de ser, este posicionamento é consoante com a doutrina:

¹⁶⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AgRg no REsp nº 645.902/RS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 28 set. 2004. DJ de 01/02/05.

¹⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1091-1092.

O princípio da boa-fé objetiva passou a desempenhar papel relevante e central na interpretação das avenças envolvendo o consumidor e o fornecedor, incluindo-se aí os serviços educacionais, embora tenham peculiaridades próprias.¹⁶⁸

Questão que passou a ter extraordinária relevância, suscitando freqüentes demandas judiciais, após a edição da Lei n.º 8.078/90, se refere à rescisão dos contratos de incorporação imobiliária por inadimplemento do promitente comprador, exceto na hipótese do artigo 63, da Lei n.º 4.591/64. Segundo o artigo 53 do CDC, nos contratos de compra e venda de imóveis mediante pagamento em prestações “consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.”¹⁶⁹

Como não há estipulação legal para a fixação do valor-padrão a ser devolvida ao comprador, a cláusula de decaimento fixada pelas partes no contrato é muitas vezes considerada abusiva pelo juiz. Fundada no enriquecimento sem causa da incorporadora e na onerosidade excessiva do devedor, expressiva corrente jurisprudencial passou a fixar a multa penal compensatória no percentual de 10% das quantias já pagas.¹⁷⁰

Parte da doutrina, todavia, considera este percentual inferior, em ordem de grandeza, ao montante dos custos suportados pelo incorporador com a organização do empreendimento e com as despesas de comercialização.¹⁷¹ Segundo Nelson Luiz Guedes Ferreira Pinto, trata-se de um percentual que não atende ao equilíbrio das relações de consumo visado pelo CDC, podendo frustrar a funcionalidade social e econômica do

¹⁶⁸ TESSLER, Marga Inge Barth. A responsabilidade da instituição e sua direção na prestação do ensino. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários**. Brasília: CJF, v. 08, n. 26, jul./set., 2004, p. 18.

¹⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto (coord.). **O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 290.

¹⁷⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. O contrato de incorporação imobiliária e os direitos do consumidor. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris, v. 26, n. 77, 2000, p.50.

¹⁷¹ CHALHUB, Melhim Nanem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 383.

contrato.¹⁷²

Considerando estes pressupostos e analisando as peculiaridades de cada contrato, alguns acórdãos prolatados pelo STJ fixaram uma porcentagem no patamar de 25% das quantias pagas para cobrir as despesas operacionais e administrativas da empresa incorporadora.¹⁷³

A orientação do Tribunal demonstra coerência com as exigências da boa-fé e da equidade, com a vedação ao enriquecimento ilícito e à vantagem exagerada ao incorporador. Em face da previsão do art. 51, IV do CDC, a cláusula de decaimento é tipicamente abusiva uma vez que imputa ônus excessivo ao consumidor.¹⁷⁴

Por fim, cabe assinalar as conclusões do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor acerca das cláusulas que permitem ao fornecedor a retenção das quantias pagas. A Conclusão 10 do Congresso pontifica: “A cláusula que permite a retenção dos valores pagos é abusiva, nos termos do art. 53, caput, do CDC, e configura fraude à lei.” Enquanto a Conclusão 11 do mesmo Congresso enuncia que: “Nos contratos imobiliários é abusiva a cláusula que fixa percentual de retenção dos valores pagos na hipótese de rescisão, devendo o eventual prejuízo ser apurado caso a caso.”¹⁷⁵

Quanto à cláusula de foro de eleição, demonstrou-se que é pacífico no STJ o entendimento de que esta não possui qualquer validade se dificultar o acesso do consumidor à Justiça (art. 6º, VIII, do CDC). Esta orientação está em perfeita consonância com o princípio

¹⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto (coord.). **O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 291.

¹⁷³ Ilustrativamente, mencione-se o já aludido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. AgRg no AI nº 650.401/MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 02 jun. 2005. DJ de 01/07/05.

¹⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.702.

¹⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1014-1015.

da facilitação da defesa do consumidor, defendido pela doutrina.¹⁷⁶

Nota-se que, os julgados analisados, mesmo identificando a ocorrência da onerosidade excessiva ao consumidor e a vantagem exagerada para o fornecedor, ainda demonstram certa hesitação em utilizar expressamente o dispositivo do art. 51, IV do CDC. A doutrina, contudo, é firme em dizer que a abusividade da cláusula de eleição de foro nos contratos envolvendo consumidores tem como base legal o disposto no aludido artigo, especialmente na sua norma interpretativa constante no §1º, III.¹⁷⁷

Nesta hipótese, como já observado, é possível ao juiz declarar de ofício a nulidade da cláusula de eleição de foro, pois trata-se de ofensa a direito material do consumidor, regra de ordem pública (art. 1º do CDC). Não se aplica, portanto, a restrição da súmula n.º 33 do STJ, que proíbe o juiz de declarar sua incompetência relativa *ex officio*. Assim tem sido o entendimento da doutrina e jurisprudência prevalecentes.¹⁷⁸

Finalmente, a conexão da abusividade das cláusulas ao princípio da boa-fé objetiva é uma tendência atual, tanto no direito comparado, como na exegese do CDC. Ressalta-se a importância de se observar mais seu efeito e resultado, sem repreender tanto uma atuação maliciosa ou não subjetiva. Tanto a doutrina, como a jurisprudência chamam atenção para este critério objetivo, norteador das relações contratuais.¹⁷⁹

Nessa linha, cumpre ressaltar que o STJ, em suas decisões, não se prende à verificação da má-fé ou dolo do fornecedor e, sequer, discute tal questão. Ao que parece, a

¹⁷⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 302.

¹⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1029.

¹⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.574.

¹⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.627.

identificação de um comportamento malicioso não merece atenção especial dispensando, portanto, uma análise subjetiva da conduta das partes. Embora não tenha enfrentado essa discussão, a posição do Tribunal é no sentido de aferir a abusividade de uma cláusula a partir de um critério tão somente objetivo.¹⁸⁰

Enquanto novo paradigma das relações de consumo, este princípio funciona como fonte de novos deveres especiais de conduta, os chamados deveres anexos. A esse respeito, Cláudia Lima Marques assinala que:

[...] a abusividade das cláusulas do contrato de consumo é a violação de um dever de conduta (anexo, acessório ou principal) imposto pela boa-fé ou é a autorização contratual para uma prática abusiva que viole a boa-fé objetiva.¹⁸¹

A propósito, a Terceira Turma do STJ destaca que durante toda a relação contratual ambas as partes devem respeito a estes deveres, decorrentes lógicos da boa-fé objetiva.¹⁸² Do exame das decisões proferidas por este Tribunal, foi possível perceber freqüentes citações aos deveres de informação, de cuidado e cooperação, revelando, de alguma forma, atenção à redação do art. 51, IV do CDC.

Registre-se que, embora alguns julgados não utilizem explicitamente a norma do artigo 51, IV e §1º do CDC, e até mesmo se baseiem no próprio Código Civil e sua noção de combate ao abuso, de modo geral eles se inspiram nos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual, do enriquecimento sem causa, da transparência, da lealdade, da confiança, da vantagem exagerada ou da onerosidade excessiva para a análise do conteúdo

¹⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 293.

¹⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 938.

¹⁸² Assim, enunciam os seguintes Recursos Especiais já citados: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 590.336/SC. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 dez. 2004. DJ de 21/02/05. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 595.631/SC. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 08 jun. 2004. DJ de 02/08/04.

dos contratos e argumentação em prol do consumidor.¹⁸³

Aliás, pode-se considerar, baseando-se apenas nos princípios legais, que determinada conduta é abusiva, mesmo que não prevista expressa e detalhadamente em um dispositivo legal.¹⁸⁴ É nesta razão que a amplitude da cláusula geral da boa-fé atua como diretriz no combate às cláusulas abusivas.¹⁸⁵

Em virtude da dimensão do princípio da boa-fé objetiva, a noção de equidade contratual é abarcada por esta máxima. Talvez seja esta a razão dos julgados, na prática, não as dissociarem. A noção de equilíbrio da relação contratual é uma projeção decorrente da influência do princípio da confiança e da boa-fé.¹⁸⁶

Em que pese a difícil tarefa do operador jurídico em concluir pela aplicação dos princípios de proteção ao consumidor na análise individual do caso concreto,¹⁸⁷ a jurisprudência brasileira tem desempenhado, de modo satisfatório, a técnica do art 51, IV e § 1º do CDC. Se a situação ainda não é perfeita e se parte da jurisprudência apegase ao velho paradigma da autonomia absoluta da vontade, a tendência é claramente no sentido da diminuição das cláusulas abusivas.¹⁸⁸

A pesquisa concentrada nas recentes decisões proferidas pelo Superior

¹⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.936.

¹⁸⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e seus direitos**: ao alcance de todos. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 131.

¹⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.631.

¹⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., ano 47, n. 268, fev., 2000, p.51.

¹⁸⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. O contrato de incorporação imobiliária e os direitos do consumidor. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris, v. 26, n. 77, 2000, p.48.

¹⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., ano 47, n. 268, fev., 2000, p.70.

Tribunal de Justiça, órgão uniformizador das questões infraconstitucionais, revela uma abundante jurisprudência que chega a citar, em diversas oportunidades, o aludido dispositivo como base legal para o afastamento das cláusulas limitativas dos direitos do consumidor. Por outro lado, as decisões que não fazem referência explícita ao artigo, utilizam os princípios contemplados em sua redação, o que representa, em última análise, o reconhecimento do seu conteúdo.

A própria doutrina reconhece que o a jurisprudência tem, de forma primorosa, identificado estas cláusulas contrárias à boa-fé objetiva, controlando-as e impondo uma nova definição do seu conceito nos contratos de consumo. De fato, a atividade jurisprudencial, na subsunção de casos práticos à cláusula geral da boa-fé do art. 51, IV do CDC, trouxe grande contribuição à eficácia social do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo padrão de equilíbrio e lealdade nos contratos de consumo.¹⁸⁹

¹⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 934-936.

CONCLUSÃO

Este trabalho procurou analisar uma das mais importantes inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor. O resgate do princípio da boa-fé e sua contundente atuação nas relações de consumo, limitando o exercício dos direitos subjetivos e impondo deveres anexos, merece atenção especial, particularmente por ter despertado a proteção da confiança, o dever de transparência e o equilíbrio na formação contratual.

No intuito de verificar o sentido e o alcance do princípio da boa-fé objetiva nas relações consumeristas, foram expostas, num primeiro momento, as elucidações doutrinárias a esse respeito. Nesta etapa, concluiu-se, sobretudo, pela relevância deste novo paradigma enquanto assegurador do valor de justiça. Restava, todavia, constatar sua aplicabilidade prática aos casos concretos, ou seja, examinar qual a orientação jurisprudencial sobre o tema, positivado no art. 51, IV da Lei nº 8.078/90.

Para responder a esta questão, optou-se por analisar os mais recentes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, última instância competente para o julgamento de matérias infraconstitucionais. Dentre as decisões proferidas nos últimos cinco anos, foram objeto de estudo as cláusulas contratuais que, com mais frequência, tiveram sua validade questionada em face da violação do disposto no aludido artigo. Neste contexto, também receberam atenção as cláusulas que implicam o descumprimento dos deveres anexos, decorrentes do princípio da boa-fé. Cumpre ressaltar que o presente trabalho não teve a pretensão de englobar todas as atividades desenvolvidas no mercado de consumo, mas apenas apresentar algumas linhas jurisprudenciais mais constantes no que toca à identificação de cláusulas contrárias ao inciso IV do art. 51 do CDC.

Do exame das cláusulas constantes nos contratos bancários, de plano de

saúde, de incorporação imobiliária, de instituição de ensino, entre outros, observou-se, de modo geral, que a atual prática jurisprudencial consiste em resguardar a legítima expectativa do consumidor. A fixação de uma linha protetiva determinou, quase sempre, a nulidade das cláusulas consideradas abusivas sem, contudo, invalidar o contrato.

Em verdade, os acórdãos examinados ora fundamentavam o provimento ao consumidor com base no art. 51, IV e § 1º do CDC, ora sustentavam a violação aos dispositivos dos arts. 6º, III, IV e V, 39, V, 46, 47, 51, XV, e 54, § 3º e § 4º, todos do CDC. Há ainda os casos em que apenas alegavam ofensa à boa-fé objetiva, dispensando a citação expressa do artigo a ela correspondente.

Em que pese a constatação de diferentes razões argüidas nas decisões, nota-se a sabedoria da linha jurisprudencial ao afastar, de uma forma ou de outra, a incidência de cláusulas iníquas, excessivamente onerosas e ofensivas ao princípio da boa-fé e da equidade. De fato, a Egrégia Corte tem prestigiado, implícita ou explicitamente, a norma do art. 51, IV e §1º do CDC. Mesmo as decisões que não fazem referência direta ao dispositivo, utilizam os princípios contemplados em sua redação, o que representa, em última análise, o reconhecimento do seu conteúdo.

Vale destacar que o Tribunal, quando da aferição da abusividade de uma cláusula, faz uma análise objetiva da conduta do fornecedor, independente de dolo ou má-fé. A caracterização da malícia, ao que parece, torna-se irrelevante, não merecendo qualquer discussão nesta Corte. A tendência é, claramente, pela verificação do resultado objetivo causado pela atuação do indivíduo.

Muito embora se verifique no âmbito jurídico alguns desencontros entre a norma e a realidade, observou-se aqui que a jurisprudência brasileira tem desempenhado de

forma primorosa a técnica do art. 51, IV e § 1º do CDC, como comprova a numerosidade de acórdãos prolatados. Se a situação ainda não é perfeita, a busca é por este ideal. A partir do enfoque conferido pelo STJ ao tema, não restam dúvidas de que a doutrina e a jurisprudência têm caminhado juntas pela aplicabilidade da cláusula geral da boa-fé nas relações de consumo.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun., 1995.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora PADMA, v. 5, jan./mar., 2001.
- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, abr./jun., 1993.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará**. Belém, v. 36, n. 57, jul./set., 1992.
- BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massa no contexto contratual contemporâneo: disposições contratuais abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, jul./set., 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- _____. **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. O contrato de incorporação imobiliária e os direitos do consumidor. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris, v. 26, n. 77, 2000.
- BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CALADO, Vinícius de Negreiros. **Abusividade dos juros remuneratórios**. Disponível em: [http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/5198/Abusividade dos Juros Re](http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/5198/Abusividade_dos_Juros_Re)

muneratorios> Acesso em: 15 ago. 2009.

CARDOSO, Antônio Pessoa. Carência nos planos de saúde. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, ano 10, v. 10, n. 230. ago., 2006.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CHALHUB, Melhim Nanem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CORREIA FILHO, Luiz Araújo Torres. **Planos de saúde e suas cláusulas abusivas**. São Paulo: RCN, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, out./dez., 2007.

FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 29, jan./mar., 2007.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. O princípio da boa-fé como ponto de equilíbrio nas relações de consumo. **Revista ADV - Advocacia Dinâmica**. Rio de Janeiro, 2006.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. Planos de saúde: cláusulas de restrição de transplantes em planos de saúde não são abusivas. **Revista ADV - Advocacia Dinâmica**. Rio de Janeiro, v. 28, n. 05, fev., 2008.

JUSEFOVICZ, Eliseu. **Contratos: proteção contra cláusulas abusivas**. Curitiba: Juruá, 2005.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda., ano 47, n. 268, fev., 2000.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria dos contratos**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, jul./set., 2005.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RÊGO, Werson. **O código de proteção e defesa do consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SCHMITT, Cristiano Heineck. As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 33, jan./mar., 2000.

_____. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, jan./mar., 1996.

STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, ano 56, n. 363, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293>. Acesso em: 08 ago. 09.

TADEU, Silney Alves. O dever de informar: considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 58, abr./jun., 2006.

TESSLER, Marga Inge Barth. A responsabilidade da instituição e sua direção na prestação do ensino. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários**. Brasília: CJF, v. 08, n. 26, jul./set., 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. (coord.). **O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.